

Betydningen av ansiennitet som faktor ved utvelgelse i forbindelse med nedbemanning, rasjonalisering og permittering



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 651
Leveringsfrist: 25.04.2011

Til sammen 17854 ord

20.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Oppgavens aktualitet	1
1.3	Oppgavens rettskildebruk	2
1.4	Oppgavens begrepsbruk	3
1.5	Oversikt over den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>GENERELT OM ANSIENNITET</u>	<u>5</u>
2.1	Begrepet ansiennitet	5
2.2	Hensyn	5
2.3	Bruken av ansiennitet i arbeidsmiljøloven	5
2.3.1	Ulike tariffavtaler hvor ansiennitet er fremhevet	6
2.4	Beregning av ansiennitet	7
2.4.1	Virksomhetsbegrepet	7
2.4.2	Virksomhetens skjønnsrom ved beregning av ansiennitet	8
2.4.3	Konsernansiennitet	8
2.4.4	Avbrudd og permisjoner	10
2.4.5	Virksomhetsoverdragelse	11
<u>3</u>	<u>KORT OM VERN VED OPPSIGELSE OG PERMITTERING</u>	<u>13</u>
3.1	Oppsigelse som skyldes virksomhetenes forhold	13
3.1.1	Interesseavveining	13
3.1.2	Annet passende arbeid	13

3.2	Permittering	14
<u>4</u>	<u>UTVELGELSESKRITERIER OG UTVELGELSESPROCESS</u>	<u>15</u>
4.1	Arbeidsgivers styringsrett	15
4.2	Gjennomføring av utvelgelse i praksis	15
4.3	Krav til forsvarlig saksbehandling	16
4.3.1	Hjemmel	16
4.3.2	Sammenheng mellom saksbehandlingsregler og materielle regler	16
4.3.3	Krav til drøftelser	17
4.3.4	Drøftelser ved masseoppsigelse	18
4.3.5	Drøftelsesplikt foreskrevet i tariffavtale	19
4.4	Fastsettelse av kriterier	19
4.4.1	Relevante kriterier	19
4.5	Utvelgelseskrets	20
<u>5</u>	<u>ANSIENNITET SOM FAKTOR I UTVELGELSEN VED OPPSIGELSE UTENFOR TARIFF</u>	<u>21</u>
5.1	Saklighetskravet er en rettslig standard	21
5.2	Kan ansiennitet tillegges betydning i utvelgelsen	22
5.3	Ansiennitetsmomentets egenvekt	22
5.3.1	Særlig lang ansiennitet	22
5.3.2	Ansiennitetsforskjeller	25
5.3.3	Drøftelser med tillitsvalgte	26
5.3.4	Betydningen av ansiennitet i forhold til andre momenter	27
5.3.5	Ansiennitet og likestilling	28
5.4	Finnes det tilfeller hvor arbeidsgiver må tillegge ansiennitet vekt	30
5.4.1	Lang ansiennitet i kombinasjon med høy alder	30
5.4.2	Tilfeller hvor arbeidstakerne stiller likt basert på kvalifikasjoner	31

5.5 Opplæringsplikt	33
----------------------------	-----------

<u>6 ANSIENNITET SOM FAKTOR VED UTVELGELSE TIL OPPSIGELSE INNENFOR TARIFF</u>	<u>35</u>
--	------------------

6.1 Ansiennitet i Hovedavtalen	35
---------------------------------------	-----------

6.2 Skal eller kan virksomheten vektlegge ansiennitet?	35
---	-----------

6.3 Ansiennitetsmomentets egenvekt	37
---	-----------

6.3.1 Særlig lang ansiennitet og ansiennitetsforskjeller	37
--	----

6.3.2 Betydningen av ansiennitet i forhold til andre momenter	38
---	----

6.3.3 Vurderingen mellom ansiennitet og kvalifikasjoner	40
---	----

6.3.4 Nøkkelpersonell	43
-----------------------	----

6.3.5 Ansiennitetsprinsippet og sosiale forhold	43
---	----

6.3.6 Ansiennitetsprinsippet og aldersdemografi	47
---	----

6.3.7 Krav til likebehandling i utvelgelsen	48
---	----

6.4 Avtaler eller tariffavtaler som kan gi større vekt til ansiennitetsmomentet	48
--	-----------

<u>7 ANSIENNITET SOM FAKTOR I UTVELGELSEN VED PERMITTERING INNENFOR TARIFF</u>	<u>50</u>
---	------------------

7.1 Hensyn bak ulik vekting i utvelgelsen	50
--	-----------

7.1.1 Ansiennitet ved permittering	50
------------------------------------	----

7.1.2 Betydningen av relativ ansiennitetsforskjell	51
--	----

7.2 Vekten av ansiennitet sett i forhold til andre momenter	53
--	-----------

7.2.1 Vurderingen av sosiale forhold	55
--------------------------------------	----

7.3 Opplæringsplikt	56
----------------------------	-----------

<u>8 ANSIENNITET SOM FAKTOR I UTVELGELSEN VED PERMITTERING UTENFOR TARIFF</u>	<u>58</u>
--	------------------

8.1 Hjemmel for utvelgelse ved permittering utenfor tariff	58
---	-----------

8.2	Ansiennitet ved utvelgelsen utenfor tariff	58
8.3	Hensyn for og i mot bruk av Hovedavtale § 8-2 nr.3 ved permittering utenfor tariff	61
<u>9</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>62</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens problemstilling er den rettslige betydningen av ansiennitet i forbindelse med nedbemanning, rasjonalisering og permittering. Problemstillingen aktualiseres i tilfeller hvor virksomheten skal drives videre med færre eller andre ansatte. Dette medfører at det må gjøres et valg blant de eksisterende ansatte i forhold til hvem som skal sies opp eller permitteres. Oppsigelse er varig opphør av arbeidsforholdet. Permittering er midlertidig opphør av arbeidsforholdet.

1.2 Oppgavens aktualitet

Oppgavens tema befinner seg innenfor kjerneområdet av arbeidsretten, nemlig arbeidstakers stillingsvern.

”I utvikling av velferdssamfunnet er det etter hvert en styrket oppfatning at det å ha et arbeid og en inntektsmulighet er en særlig beskyttelsesverdig interesse, noe som blant annet er kommet til uttrykk gjennom Grunnlovens § 110.”¹

Nedbemanningsprosesser berører virksomheten på en inngripende måte. Samfunnet er i stor grad endret fra å være industrisamfunn til å bli et teknologisk samfunn. Dette kan medføre andre behov for arbeidskraft². Arbeidstakernes kompetanse kan derfor i mange tilfeller være virksomhetens driftsmidler i større grad enn tidligere. En lønnsom virksomhet er ikke bare en fordel for virksomheten, men også for de ansatte, og for samfunnet generelt.

¹ Jakhelln og Aune (2006) side 859

² Se blant annet Rørvik og Nesheim (2010)

Særlig under og i etterkant av økonomiske kriser, som for eksempel finanskrisen i 2008, vil spørsmålet om utvelgelse bli særlig aktuelt. Slike kriser kan føre til at virksomheten må gjennomføre en betydelig omorganisering av driften.

En nedbemanningsprosess rammer samtidig de involverte arbeidstakere hardt. Det gjennomføres et stort antall oppsigelser og permitteringer hvert år. I mai 2009 ble det varslet om 6377 berørte arbeidstakere for nedbemanning og 10 882 berørte personer for fulltidspermittering til NAV³. Disse tallene representerer kun de arbeidsplasser som har meldeplikt til NAV⁴.

1.3 Oppgavens rettskildebruk

I oppgaven benytter jeg både lovfestet og ulovfestet rett. Arbeidsmiljøloven (2005) (heretter aml.) gjelder for de fleste virksomheter som sysselsetter arbeidstakere i Norge, jf. aml. § 1-2 første ledd. Arbeidsmiljøloven kapittel 15 omfatter bestemmelser om opphør av arbeidsforhold og i aml. § 15-7 er det gitt vern mot usaklig oppsigelse. Bestemmelsen viderefører gjeldende regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60⁵. Rettspraksis og teori knyttet til arbeidsmiljøloven av 1977 er derfor relevant ved tolkningen av arbeidsmiljøloven av 2005 § 15-7. I tillegg er det i mange arbeidsgiver- og arbeidstaker-organisasjoner inngått tariffavtaler med prosessuelle og materielle bestemmelser om gjennomføring av oppsigelser og permitteringer.

Rettspraksis som i første rekke er benyttet er høyesterettspraksis. Det er imidlertid noe begrenset materiale fra Høyesterett om temaet for oppgaven. Rettssaker som omhandler oppgavens tema svært ofte avgjort ut fra et konkret faktum. Slike finnes det mange av i underrettsdommer. Jeg benytter derfor i noen grad også avgjørelser fattet av lagmannsretter.

³ <http://www.nav.no/Om+NAV/Tall+og+analyse/Arbeidsmarked/> (sist sett 23.mars 2011)

⁴ I tilfeller hvor nedbemanningen eller permitteringen kan komme til å omfatte mer enn 10 personer altså ved masseoppsigelse jf. aml. § 15-2 første ledd jf. arbeidsmarkedsloven § 8

⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 335

I noen tilfeller er det benyttet tingrettspraksis for å belyse ulike problemstillinger aktualitet og løsning i konkrete saker selv om bruken av slike er nokså begrenset⁶.

Domstolen Arbeidsretten er en særdomstol som behandler saker om brudd på tariffavtale og om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller beståen eller om krav som grunner seg på en tariffavtale jf. arbeidstvistloven (heretter atvl.) § 7 jf. § 4 og § 6 nr. 1. Arbeidsrettens avgjørelser har stor rettskildemessig vekt fordi det bare er kjennelser om avvisningsspørsmål og om Arbeidsrettens kompetanse som kan ankes til Høyesterett jf. atvl. § 26 nr. 1 og nr. 4 og Rt-2002-1638⁷. I følge Eckhoff kan særdomstoler som dømmer i siste instans, innen sine spesielle områder, øve innflytelse som kan sammenlignes med Høyesteretts⁸. I Atvl. § 9 annet ledd uttrykkes det:

”Har Arbeidsretten i sin domsslutning slått fast en viss forståelse av en tariffavtale, gjelder denne forståelsen også for en enhver arbeidsavtale, som er bygget på tariffavtalen.”

Selv om formålet med bestemmelsen er å forhindre at det tariffrettslige spørsmålet tas opp til ny behandling,⁹ indikerer ordlyden at Arbeidsrettens avgjørelser har stor rettskildemessig vekt.

1.4 Oppgavens begrepsbruk

Begrepene vekt, egenvekt og relativ vekt brukes gjerne i rettskildelæren om rettskildefaktorer. Utvelgelsesmomenter er ikke rettskildefaktorer, men kriterier som rettspraksis har lagt vekt på i sin avveining av utvelgelsen. Jeg skal likevel benytte disse begrepene for å illustrere forholdet mellom de ulike utvelgelsesmomentene. Begrepet

⁶ Jeg går ikke nærmere inn på den rettskildemessige vekten av tingrettens dommer. Se nærmere om dette i blant annet Eckhoff 2001 side 159 flg. og Fanebust 2001 side 49 flg.

⁷ Enkelte kjennelser som omhandler saksbehandlingsregler og straffeansvar kan ankes til Høyesterett jf. atvl- § 26 nr.1 og nr.2

⁸ Eckhoff (2001) side 162

⁹ Ot.prp. nr. 29 (1912) s. 7.

egenvekt er omstridt i rettskildelærene, men skal i dette oppgaven illustrere hvilken vekt et kriterium har i seg selv, for å kunne vektlegges som et utvelgelsesmoment. Relativ vekt benytter jeg for å illustrere hvilken vekt et moment har i forhold til andre momenter.

1.5 Oversikt over den videre fremstilling

I kapittel 2 gir en fremstilling av ansiennitet og beregning av ansiennitet til bruk i utvelgelsen. I kapittel 3 gir jeg en kort redegjørelse for de materielle reglene om oppsigelse og permittering som kan danne bakgrunn for den videre fremstilling. I kapittel 4 redegjør jeg for de ulike saksbehandlingsreglene som gjør seg gjeldende ved nedbemanning, rasjonalisering og permittering. Jeg bruker en del plass på innledningen fordi jeg mener det er viktig for forståelse av oppgavens tema. Oppgavens hoveddel består av kapittel 5-8. Jeg tar først for meg ansiennitet ved oppsigelse i tariff. Dette er fordi reglene i arbeidsmiljøloven også har betydning for redegjørelsen av ansiennitet ved oppsigelse i tariff i kapittel 6. I kapittel 7 og 8 behandles ansiennitet ved permittering i og utenfor tariff. Jeg tar her først for meg reglene i tariff fordi fremstillingen av rettstilstanden utenfor tariff bygger på tariffreglene.

2 Generelt om ansiennitet

2.1 Begrepet ansiennitet

Ordet ansiennitet kommer opprinnelig av det franske ordet ”gammel.” Rettigheter basert på alder har eksistert lenge. Ansiennitetsprinsippet innebærer at tjenestetid tillegges betydning slik at den med lengst ansiennitet blir stilt gunstigere enn den med kortere ansiennitet¹⁰. Ansiennitet, slik det brukes i dag, er et mål på hvor lenge en person har arbeidet i en virksomhet¹¹. I den videre fremstilling vil jeg benytte begrepene ansiennitet eller ansiennitetsmoment for å illustrere at bruken av ansiennitet i utvelgelsen kan problematiseres.

2.2 Hensyn

Ved bruk av ansiennitet som utvelgelseskriterium kan det gjøres gjeldende ulike hensyn. Ansiennitet er et objektivt moment som er enkelt å rettferdiggjøre. Bruk av ansiennitet står sterkt hos folk flest. Dette kan i mange tilfeller anføres som et hensyn for arbeidstakeren. Dette hensynet er imidlertid ikke ubetinget. For noen, for eksempel yngre mennesker med høy kompetanse, kan det føles urettferdig at utvelgelsen baseres utelukkende på ansiennitet.

En svak vektlegging av ansiennitet vil være begrunnet i virksomhetens styringsrom. Arbeidstaker og arbeidsgivers hensyn kan stå i kontrast til hverandre. Arbeidsgiver kan imidlertid ønske å vektlegge ansiennitet fordi det er enkelt å velge etter.

2.3 Bruken av ansiennitet i arbeidsmiljøloven

Enkelte av arbeidsmiljølovens bestemmelser har tillagt ansettelsestidens lengde betydning. Arbeidsmiljøloven § 15-3 hvor oppsigelsesfristens lengde fastsettes, gir blant annet

¹⁰ Skarning (2009)

¹¹ Jeg tar forbehold om bruk av begrepet i de tilfeller det er benyttet av domstolene.

ansiennitet rett på utvidet oppsigelsesfrist. Arbeidsmiljøloven § 15-7 omtaler ikke momentet. Det er imidlertid gjennom fast og langvarig domstolspraksis av oppsigelsesvernet lagt til grunn at ansiennitet er et relevant utvelgelsekriterium.

2.3.1 Ulike tariffavtaler hvor ansiennitet er fremhevet

Tallet på medlemmer i landsomfattende arbeidstakerorganisasjoner utgjorde i underkant av 1 637 000 personer av i alt 2 497 000 ved utgangen av 2009.^{12 13} De fire store hovedsammenslutningene på arbeidstakersiden er LO¹⁴, YS, Unio og Akademikerne organiserer 93 prosent av det totale antallet organiserte arbeidstakere.¹⁵ Av medlemsbedrifter på arbeidsgiversiden er NHO den største. NHO har omlag 20 000 bedrifter som medlemmer som sysselsetter i overkant av 508 000 arbeidstakere.¹⁶ Mellom LO og NHO er Hovedavtalen LO-NHO (2010-2013) (heretter Hovedavtalen) opprettet. Den inngår som første del av alle tariffavtaler som de tilsluttede arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene oppretter seg imellom¹⁷. Den er også et mønster for mange andre tariffavtaler. Del A av hovedavtalen kapittel 8 regulerer materielle og prosessuelle regler i forbindelse med permittering. Kapittel 9 har også prosessuelle regler og omhandler informasjon, samarbeid og medbestemmelse med tillitsvalgte. I § 8-2 nr. 3 og § 9-12 er det avtalt at ansiennitet er et relevant moment i utvelgelsen, men at ansiennitet kan fravikes ved oppsigelse og permittering når det foreligger saklig grunn.

I Hovedtariffavtalen for KS-området (2010-2012) mellom YS kommune, LO kommune, Akademikerne kommune og UNIO samt noen andre frittstående forbund § 3 punkt 3.3, er lignende formulering som i Hovedavtalen benyttet:

¹² <http://www.ssb.no/emner/07/02/10/arborg/> (sist lest 07.04.2011)

¹³ <http://www.ssb.no/aku/tab-2011-02-02-11a.html> (sist lest 07.04.2011)

¹⁴ LO har ca. 860 000 medlemmer i henhold til sin internettside.

¹⁵ Informasjon hentet fra LOs nettsider

¹⁶ Informasjon hentet fra NHOs nettsider

¹⁷ Jakhelln (2006) side 101

”Ved innskrenkning/rasjonalisering skal, under ellers like vilkår, de med kortest tjeneste innenfor vedkommende arbeidsområde i kommunen/virksomheten sies opp først.”

Eksempler på ansiennitetsbestemmelser i andre tariffavtaler hvor det gis anvisning på at det skal tas hensyn til ansiennitet ved innskrenkning av personale er Funksjonæravtalen mellom Negotia og HSH (2010-2012)¹⁸ § 11 punkt 11.6:

”Unntatt fra denne bestemmelsen er arbeidstaker som har mindre enn 3 års ansiennitetsbetingede øvelse og arbeidstakere som har kortere ansettelsestid enn ½ år i bedriften.”

2.4 Beregning av ansiennitet

Jeg skal i dette avsnittet se nærmere på om arbeidsgiver må forholde seg til faste regler eller om arbeidsgiver har et skjønnsrom for beregning av ansiennitet. Fastsettelse av ansiennitet kan problematiseres i forhold til hvilket selskapsforhold virksomheten er organisert under. Jeg skal spesielt se nærmere på beregning av ansiennitet ved konsernforhold. Videre skal jeg drøfte hvordan virksomheten kan beregne ansiennitet når arbeidstaker har hatt avbrudd eller permisjoner eller virksomheten har blitt overført i medhold av reglene om virksomhetsoverdragelse i aml. kapittel 16.

2.4.1 Virksomhetsbegrepet

Begrepene virksomhet og arbeidsgiver benyttes ofte ulikt i dagligtale og som juridisk begrep. Begrepet arbeidsgiver er nærmere definert i aml. § 1-8 annet ledd:

”Arbeidsgiver er enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.”

Forarbeidene uttaler at som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For de fleste praktiske tilfeller vil en

¹⁸ HSH står for Handels og servicenæringens hovedorganisasjon

virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift. Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet.¹⁹ Virksomhetsbegrepet i aml. § 15-7 kan både utvides og innskrenkes. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering av virksomheten. En større arbeidsgiver kan for eksempel eie flere virksomheter. En virksomhet kan også ha flere avdelinger som geografisk er plassert slik at de etter aml. § 15-7 må være å anse som flere virksomheter. Et eksempel på det var i Rt-1992-776 hvor Høyesterett kom til at hver avdeling av en sparebank måtte vurderes hver for seg.

2.4.2 Virksomhetens skjønnsrom ved beregning av ansiennitet

Det klare utgangspunkt er at virksomheten beregner ansiennitet ut fra lengden på arbeidsforholdet. I Rt-1962-6 anså Høyesterett det som klart at bedriften hadde ment å bygge på ansienniteten selv om den rettslig sett ikke var forpliktet til det. Spørsmålet i saken var blant annet om ansienniteten var beregnet riktig. Bedriften hadde konsekvent beregnet ansienniteten fra siste ansettelse selv om noen ansatte hadde lengre tjenestetid enn ansiennitet fordi de hadde avsluttet arbeidsforholdet på et tidspunkt, for deretter å gjeninntre. Bedriftens fremgangsmåte ble akseptert av Høyesterett. Uttalelser i dommen indikerer at virksomheten står relativt fritt til å fastsette beregning av ansienniteten dersom det ikke foreligger nærmere avtale eller sedvane for beregning av ansiennitet. Høyesterett slo imidlertid fast at når en fremgangsmåte først er valgt må denne benyttes konsekvent og riktig.

2.4.3 Konsernansiennitet

Hensynet for å legge til grunn konsernansiennitet er at arbeidstaker kan få beregnet ansiennitet for arbeidsforhold utenfor virksomheten. Dette kan til fordel for de arbeidstakerne som har arbeidet andre steder i konsernet og til ulempe for de som ikke har arbeidet andre steder i konsernet. I dette avsnittet skal jeg se nærmere på om det kan foretas en utvidelse av virksomhetsbegrepet forhold til beregning av ansiennitet.

¹⁹ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) side 74 avsnitt 6.2.1

Etter aml. § 15-3 sjette ledd skal ansettelsestid innen konsern medregnes ved fastsettelse av oppsigelsesfrister. Etter ordlyden skal bestemmelsen kun benyttes ved beregning av oppsigelsestid, jf. ” *ved beregning av ansettelsestid etter denne paragraf (...)*”. En ren språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at konsernansiennitet kun får betydning for oppsigelsestiden. Forarbeidene gir ingen nærmere vurdering av problemstillingen.

I følge Jakhelln vil normalt sammenhengende tjenestetid ved bedriften være avgjørende både etter både etter ansiennitetsbestemmelser og lovregler om saklig oppsigelse. Som regel vil tjenestetiden i forskjellige stillinger og avdelinger kunne legges sammen²⁰. Standpunktet kan ikke overføres til konsernforhold. I følge aksjeloven § 1-3 første ledd utgjør et morselskap sammen med et datterselskap et konsern. Dette er en klar utvidelse av det virksomhetsbegrepet som er definert i oppgavens punkt 2.4.1.

I RG-2004-721 Eidsivating behandlet lagmannsretten en lignende problemstilling. Spørsmålet i saken var om de ansatte kunne få med seg sin lønnsansiennitet når de skiftet arbeidsgiver. Det var to selvstendige juridiske enheter, men med samme eiere. Lagmannsretten mente at det ikke var grunnlag for utvidende eller analogisk tolkning av daværende arbeidsmiljølov § 58 nr 5 (nå aml. § 15-3 sjette ledd). Det var ingen holdepunkter verken i forarbeidene eller tidligere rettspraksis om en slik fortolkning. Det var dessuten ikke nødvendigvis sammenheng mellom beregning av oppsigelsesfrister og beregning av lønnsansiennitet da lønn bygger på avtale, enten individuell eller tariffregulert, mens oppsigelsesfrister er ufravikelig regulert i arbeidsmiljøloven. Det var ikke grunn til å gi prinsippene i en særbestemmelse om beregning av oppsigelsesfristen anvendelse på lønsspørsmål og senioritet²¹ ²². Heller ikke i lagmannsrettsdommen RG-1989-745 var det grunnlag for analogisk anvendelse av aml. (1977) § 58 nr. 5 (nå 15-3 (6)) for beregning av ansienniteten innenfor konsernet. Begrunnelsen var i dette tilfellet at

²⁰ Jakhelln (2000) side 746

²¹ Lagmannsrettens ordvalg

²² under lagmannsrettens bemerkninger avsnitt 5 flg.

arbeidet i de to stillingene var så ulike at det ville være usaklig å legge konsernansienniteten til grunn. Begrunnelsen var at andre, med lengre ansiennitet, i dette arbeidet da ville bli forbigått av en med mindre erfaring fra denne type arbeid. Her gjorde altså hensynet til de arbeidstakerne som ikke hadde konsernansiennitet seg gjeldende.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 sjette ledd kan dermed verken etter ordlyden, forarbeider eller rettspraksis benyttes analogisk på ansiennitetsberegning ved utvelgelse. Det følger av dette at det ikke er noen plikt for arbeidsgiver til å beregne konsernansiennitet.

I samsvar med det som er sagt i punkt. 2.4.2 kan det imidlertid tenkes at arbeidsgiver har et skjønnsrom for fastsettelse av ansiennitet, slik at det på dette grunnlag i enkelte tilfeller kan benyttes konsernansiennitet. Avgjørelsen i RG-1989-745 kan åpne for at det i enkelte tilfeller er saklig å medregne ansiennitet fra hele konsernet dersom dette tidligere har vært praktisert. Vurderingen må i slike tilfeller bero på arbeidets art og må vurderes konkret i det foreliggende tilfelle.

2.4.4 Avbrudd og permisjoner

Dersom arbeidstaker har hatt avbrudd i sin ansettelsestid i virksomheten vil det være et spørsmål om dette skal få betydning for beregningen av arbeidstakers ansiennitet.

Avbruddene kan for eksempel skyldes sykdom eller permisjon. Ved permisjoner og sykdom, som er lovlige fraværsgrunner vil det virke urimelig om arbeidstakers stillingsvern skulle bli svekket på grunn av slikt fravær. I følge Jakhelln vil kortvarig, midlertidig fravær ikke avbryte ansienniteten. Det samme må gjelde for permisjoner, militær tjenestegjøring og lignende.²³ Slike fraværsgrunner har arbeidstaker ofte ikke selv kontroll over. I forhold til permisjoner, som arbeidstaker i enkelte tilfeller har lovfestet krav på, vil det virke motstridende om permisjoner får konsekvenser for stillingsvernet. Selv om arbeidsgiver har et skjønnsrom for fastsettelse av ansiennitet kan trolig ikke ansienniteten avkortet på grunn av lovlig fravær. Jakhelln mener imidlertid at selve fraværstiden neppe gir ansiennitet.

²³ Jakhelln (2000) side 746

Fraværet avbryter imidlertid ikke den sammenhengende ansienniteten en arbeidstaker har i bedriften²⁴.

2.4.5 Virksomhetsoverdragelse

Overdragelse av virksomhet etter reglene i aml. kapittel 16 kan få konsekvenser for arbeidstakers rettigheter. Dette avsnittet skal drøfte om virksomhetsoverdragelse kan eller skal føre til endringer i beregningen av ansiennitet.

Utgangspunktet er at arbeidstakers rettigheter og plikter overføres til ny arbeidsgiver jf. aml. § 16-2 første ledd. Ifølge forarbeidene ligger det i aml. § 16-2 første ledd at de avtalte ansettelsesvilkår fortsetter uendret etter overførselen²⁵. Det klare utgangspunktet er derfor i henhold til ordlyd og forarbeider at overdragelsen ikke medfører konsekvenser for ansiennitetsberegningen. Dette er også antatt i juridisk teori²⁶. Reglene i aml. kapittel 16 er en direkte følge av EØS avtalen og en implementering av to EU-direktiv²⁷. EU-domstolen har uttalt at direktivet må fortolkes slik at virksomhetsoverdragelsen ikke får konsekvenser for ansiennitetsberegningen²⁸.

I RG-2005-1074 kom lagmannsrettens flertall frem til at bedriften hadde anledning til å beregne ansienniteten fra siste ansettelse selv om arbeidstakeren hadde lang tjenestetid fra et tidligere innfusjonert selskap. Arbeidstakeren hadde imidlertid sluttet i selskapet og begynt i et konkurrerende selskap. Disse ble senere fusjonert sammen. Lagmannsretten uttalte:

”Hvis A hadde hatt stillingen i Kitron ASA ved fusjonen ville han, i kraft av reglene om

²⁴ Jakhelln (2000) side 746

²⁵ Ot.prp. nr 71 (1991-1992) endringsforslag til aml. § 73B nr .1

²⁶ Jakhelln og Aune 2006 side 866

²⁷ Rådskdirektiv 77/187/EØF og Rådskdirektiv 98/50/EF, senere opphevet og avløst av Rådskdirektiv 2001/23/EF som det skal henvises til etter 2001

²⁸ Collino-dommen (2000)

virksomhetsoverdragelser, tatt med seg ansienniteten helt fra han begynte hos EB Telecom AS på Hisøy i 1980.”²⁹

Det gis i dommen klart uttrykk for at ansienniteten er en rettighet som overføres ved virksomhetsoverdragelse. Dette er etter dette klart at arbeidstaker få med seg ansiennitet fra det overdratte selskapet inn i det nye.

²⁹ RG-2005-1074

3 Kort om vern ved oppsigelse og permittering

For å kunne sette problemstillingen i sammenheng med de øvrige stillingsvernreglene skal jeg kort gi en oversikt over reglene for oppsigelse og permittering.

3.1 Oppsigelse som skyldes virksomhetenes forhold

Etter aml. § 15-7 første ledd skal oppsigelse som følge av virksomhetens forhold være saklig begrunnet. Oppsigelse begrunnet i rasjonalisering, innskrenkning eller eventuelt en annen omstilling er for de fleste tilfeller saklig³⁰. I tillegg bygger aml. § 15-7 på individuell saklighet slik at det ikke er tilstrekkelig at oppsigelsen generelt sett er saklig, den må også vurderes i forhold til hver enkelt arbeidstaker som blir rammet, jf. forarbeidene til aml (1977) og Rt-1989-508³¹. Utvelgelsen av arbeidstakerne må også foretas etter en saklighetsvurdering.

3.1.1 Interesseavveining

Dersom oppsigelsen skyldes rasjonalisering eller nedbemanning må bedriften foreta en interesseavveining mellom bedriftens behov og ulempene en oppsigelse vil ha for arbeidstaker jf. aml. § 15-7 annet ledd. I forarbeidene er avveiningen uttrykt slik at; *"Ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp."*³²

3.1.2 Annet passende arbeid

Etter aml. § 15-7 annet ledd skal virksomheten før den går til oppsigelse, vurdere om det finnes annet passende arbeid i virksomheten. I utgangspunktet gjelder dette innenfor den virksomheten arbeidstaker er ansatt i. Dersom arbeidsgiver finner det hensiktsmessig vil det nok for dette formål ikke være utenforliggende å ta hele foretaket i betraktning. I forarbeidene er det uttalt at reglene for hva som er annet passende arbeid ikke innebærer at

³⁰ Fougner og Holo (2006) side 799 flg.

³¹ side 513

³² Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72

arbeidsgiver har plikt til å opprette en ny stilling som det ikke er behov for³³. Med dette menes annet ledig arbeid eller udekket behov i bedriften³⁴. Det kan oppstå konkurranse mellom hvem som skal fylle eventuelle ledige stillinger i virksomheten. Jeg antar at de samme reglene for prosess gjelder også i slike tilfeller. Det kan imidlertid antas at det tillates et videre rom for rimelighetsvurderinger. I forhold til eldre arbeidstakere som er blitt svekket etter lang tjeneste i virksomheten er det for eksempel uttalt i forarbeidene at bedriften nok bør strekke seg noe lenger for å finne annet passende arbeid. Det kan tenkes at dette vil være avgjørende i konkurransen om annet passende arbeid³⁵.

3.2 Permittering

Permitteringsadgangen er avtalefestet i Hovedavtalen kapittel 8. Vilkår for å permittere er etter § 8-1 at saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften. Saklig grunn foreligger når arbeidsgiver for en begrenset periode ser at arbeidstakeren ikke kan beskjeftiges på en forsvarlig måte for bedriftens³⁶. Eksempler på saklig grunn kan være ordremangel, vareopptelling og reparasjoner³⁷. Forholdet må være av midlertidig art. Poenget med permittering er at arbeidsforholdet består slik at arbeidstaker har rett og plikt til å gjenoppta arbeidet når permitteringsgrunnen opphører.³⁸ Dersom forholdet ikke er midlertidig skal arbeidsgiver i stedet benytte oppsigelse.

For parter som ikke er bundet av Hovedavtalen er ikke permitteringsadgangen lovfestet selv om det forutsettes at det er en slik adgang i enkelte lover³⁹. Det er imidlertid slått fast, gjennom langvarig rettspraksis, at det er en ulovfestet permitteringsadgang.

³³ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72

³⁴ Fougner og Holo (2006) side 800

³⁵ Ot.prp.nr 41 (1975-76) s. 72

³⁶ Kommentarer fra NHO til kapittel 8 note 3

³⁷ Kommentarer til kapittel 8 fra LOs hjemmesider

³⁸ Aagaard (2009) side 123

³⁹ for eksempel lov om lønnsplikt under permittering.

4 Utvelgelseskriterier og utvelgelsesprosess

4.1 Arbeidsgivers styringsrett

Det er alminnelig antatt at arbeidsgiver har styringsrett over virksomheten og at dette også er tilfellet ved permittering og oppsigelser begrunnet i nedbemanning eller rasjonalisering⁴⁰. Styringsretten i forbindelse med oppsigelser er imidlertid sterkt begrenset av lov, individuell-og kollektiv avtale, sedvane og rettspraksis⁴¹. De neste avsnittene av oppgaven skal se nærmere på de prosessuelle begrensinger i arbeidsgivers styringsrett.

4.2 Gjennomføring av utvelgelse i praksis

En nedbemanningsprosess kan gjennomføres på ulike måter. Fremgangsmåten vil avhenge av omfanget av nedbemanninger og størrelsen på bedriften. Et eksempel på en grundig gjennomført nedbemanningsprosess skal nå kort beskrives. Det første steget er at ledelsen vurderer og dokumenterer virksomhetens behov for rasjonaliseringstiltak, herunder nedbemanning og andre kostnadsreducerende tiltak. Et kompetent selskapsorgan, vanligvis styret, behandler saken. Det forsøkes deretter omplasseringer av berørte arbeidstakere til annet passende arbeid. Ledelsen utarbeider deretter forslag til nytt organisasjonskart, fremdriftsplan og tiltak, utvelgelseskriterier samt mulige frivillige tiltak. Det vil bli gitt informasjon og gjennomført drøftelser med tillitsvalgte/ansattes representanter om utvelgelse blant arbeidstakerne og anvendelse av utvelgelseskriterier innen en fastsatt utvelgelsesrets. En vanlig prosedyre er at det deretter blir holdt informasjonsmøte med alle de ansatte. De aktuelle arbeidstakerne blir deretter innkalt til drøftelsesmøte og disse blir deretter gjennomført. I noen tilfeller kan det også gjennomføres drøftelser med de ansattes representanter om hvem som skal sies opp.⁴²

⁴⁰ se blant annet RG-1994-1335 (Agder)

⁴¹ Jakhelln (2006) side 40

⁴² Omstilling og nedbemanning (2003) side 228 og 229

4.3 Krav til forsvarlig saksbehandling

Jeg skal i dette avsnittet i hovedsak se nærmere på de prosessuelle og materielle reglene ved gjennomføring av oppsigelse.

4.3.1 Hjemmel

Ordlyden i aml. § 15-7 tilsier at arbeidstaker ikke kan sies opp grunnet virksomhetens forhold med mindre det foreligger saklig grunn. Ordlyden i aml. § 15-7 oppstiller et krav om at det i oppsigelsen ikke kan tas utenforliggende hensyn. Rettspraksis har utfylt saklighetskravet i aml. § 15-7 og oppstilt et ulovfestet krav til kvalifisert saklighet og at beslutning om oppsigelse og permittering skal treffes på et forsvarlig grunnlag⁴³. Ansiennitet har tradisjonelt blitt oppfattet som et saklig og forsvarlig kriterium⁴⁴. De prosessuelle betingelsene skal klargjøre at beslutningsgrunnlaget hviler på saklige hensyn⁴⁵. De ulovfestede krav om forsvarlighet oppstiller en generell norm som arbeidsgiver må ivareta⁴⁶.

4.3.2 Sammenheng mellom saksbehandlingsregler og materielle regler

De materielle reglene stiller krav til at oppsigelsen skal være saklig begrunnet og ikke være basert på utenforliggende hensyn. Oppsigelsen må ha et forsvarlig grunnlag og dette stiller krav til prosessen forut for valget av utvelgelseskriterier og kartleggingen av de ansatte. Utvelgelsen av de ansatte skjer på bakgrunn av de utvelgelseskriterier ledelsen har kommet frem til som følge av kartlegging av virksomheten. Domstolene kan fullt ut etterprøve om beslutningen bygger på et riktig og fyllestgjørende faktisk grunnlag. Domstolene kan også prøve om arbeidsgiverens vurdering har hatt tilstrekkelig bredde, og herunder også ta i

⁴³ Blant annet i Rt-2001-418

⁴⁴ for eksempel uttalt i Fougner og Holo (2006) side 804

⁴⁵ Fougner (2007) side 273

⁴⁶ Fougner (2007) side 273

betraktning om vurderingen har omfattet de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende i forhold til den ansatte⁴⁷.

Dersom virksomheten kan vise til at utvelgelseskriteriene er klarlagt på forhånd og drøftet eller godkjent av tillitsapparatet, vil det være vanskelig å sette til side en oppsigelse. I Rt-1986-879 fastslo Høyesterett at så lenge utvelgelseskriteriene var saklige, forsvarlige og benyttet konsekvent, var oppsigelsen saklig. Også i RG-1994-1335 la lagmannsretten dette til grunn.

”I foreliggende tilfelle fremgår det uttrykkelig av protokoll fra forhandlingsmøte 27. november 1990 at partene ble enige om at det ved oppsigelse skulle legges til grunn distriktsvis (fylkesvis) ansiennitet. Lagmannsretten anser dette som avgjørende for vurderingen i foreliggende sak. Det er dette prinsippet bedriften fulgte ved oppsigelsen, og som lagmannsretten finner at den således også var berettiget til å følge.”⁴⁸

Så lenge virksomheten kan vise til en grundig prosess kan det gis et visst skjønnsrom ved betoningen av momenter.

4.3.3 Krav til drøftelser

Det er sentralt i nedbemanning og omstillingsprosesser at de ansatte mottar tilstrekkelig og oppdatert informasjon om de tiltak som skal iverksettes. Arbeidsgiver er ofte forpliktet til å drøfte omstillingstiltak og oppsigelsen med de tillitsvalgte. Hensynet til at arbeidstaker skal få nødvendig informasjon om det som påvirker deres arbeidssituasjon tilsier dette. I tillegg kan drøftelser med tillitsvalgte sikre en grundig og veloverveid beslutning og det kan virke konfliktdempende. Selv om det ikke alltid foreligger lov-eller tariffbestemt plikt til å gjennomføre drøftinger er det av disse hensyn likevel å anbefale⁴⁹.

⁴⁷ Fougner og Holo (2006) side 788 og Rt-1984-1058

⁴⁸ avsnitt 7 under lagmannsrettens bemerkninger

⁴⁹ Omstilling og nedbemanning (2003) side 232-233

4.3.4 Drøftelser ved masseoppsigelse

Det regnes som masseoppsigelser dersom det er snakk om å si opp minst 10 arbeidstakere over en periode på 30 dager eller det er snakk om å si opp 5 arbeidstakere og 5 andre skal gå over på avtalefestet pensjon eller sluttpakker, jf. aml. § 15-2 første ledd. Ved masseoppsigelser er det en lovfestet drøftelsesplikt med tillitsvalgte jf. aml. § 15-2 annet ledd. Arbeidsgiver skal også så tidlig som mulig inngå drøftelser med tillitsvalgte. Siktemålet med aml. § 15-2 annet ledd er at arbeidsgiver og arbeidstakers tillitsvalgte skal kunne komme til avtale om gjennomføring av oppsigelsen. Det vil imidlertid ikke føre til ugyldighet dersom en avtale ikke blir inngått⁵⁰. Bestemmelsen er ingen regel om oppsigelsesvern, men kan etter omstendighetene bli tillagt vekt etter saklighetsvurderingen i aml. § 15-7⁵¹. I LF-2003-21015 hadde en kommune unnlatt å følge reglene for masseoppsigelse da de vurderte å si opp 13 arbeidstakere. Lagmannsretten kom til at forholdet sannsynligvis hadde innvirket på denne konkrete oppsigelsen og avsa dom for at oppsigelsen var usaklig og ugyldig. Lagmannsretten uttalte at:

"Brudd på reglene i § 56A [nå § 15-2] medfører ikke automatisk at oppsigelse anses usaklig. Men i dette tilfellet var antall oppsigelser man arbeidet med, og fremfor alt utvelgelseskriteriene/forholdet til ansiennitetsprinsippet så vesentlig, at brudd på § 56A sannsynligvis har hatt innvirkning på resultatet for A."⁵²

Dersom det gjennom drøftingene inngås avtaler med tillitsvalgte om hvilke kriterier som skal legges til grunn i en oppsigelse, vil retten kunne være tilbakeholdne med å tilsidesette disse. Avtalene kan imidlertid ikke stride mot ufravikelig lovgivning som for eksempel enkelte bestemmelser i arbeidsmiljøloven jf. aml. § 1-9. I Rt-2001-71 uttalte Høyesterett at avtaler med tillitsmannsapparatet i utgangspunktet måtte legges til grunn av domstolene. Det antas likevel at tillitsvalgte ikke trenger å ha innflytelse på hvilke kriterier utvelgelsen skal legge vekt på jf. blant annet Rt-1986-879.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) side 13

⁵¹ Ot.prp. nr 71 (1991-1992) side 13

⁵² LF-2003-21015

4.3.5 Drøftelsesplikt foreskrevet i tariffavtale

Tariffavtalene har ofte regler som pålegger arbeidsgiver å informere og drøfte mulige omorganiseringer uavhengig av hvor mange som forventes å måtte sies opp. Disse reglene vil komme ved siden av reglene i arbeidsmiljøloven § 15-2. Hovedavtalen § 9-6 bestemmer at bedriften har plikt til å la tillitsvalgte fremme synspunkter før beslutning tas. Paragraf 9-4 bestemmer at bedriftens ledelse så tidlig som mulig skal drøfte planer om innskrenkning med de tillitsvalgte. Dette kan også omfatte at tillitsvalgte får mulighet til å komme med innspill i forhold til hvilke kriterier som skal legges til grunn i utvelgelsen.

4.4 Fastsettelse av kriterier

Utvelgelsen består i praksis av to faser. Den første fasen er å fastsette hvilke kriterier som skal ligge til grunn for utvelgelsen. Den andre fasen er å anvende disse i utvelgelsen. Dette skal drøftes i oppgavens hoveddel. I begge fasene er det oppstilt et saklighetskrav. Det er ingen bestemmelser i arbeidsmiljøloven som uttrykkelig regulerer hvilke utvelgelseskriterier det er saklig og relevant å ta i betraktning. Arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd gir imidlertid anvisning på at utvelgelseskriteriene må ligge innenfor det som saklig begrunnes i virksomhetens behov.

4.4.1 Relevante kriterier

I rettspraksis er ansiennitet, kvalifikasjoner, sosiale forhold og alder akseptert som relevante kriterier å ta i betraktning jf. blant annet Rt-1986-879. Retten uttalte at ”*bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring, og anvendelighet generelt eller på spesielle tilfeller når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.*”⁵³

Kvalifikasjoner kan bestå av formell utdanning, reell kompetanse eller egnethet til stillingen. Sosiale forhold som kan være relevant å ta i betraktning er forsørgerbyrde,

⁵³ side 886

økonomi/gjeld, og eventuelt fysiske eller psykiske handicap. Noen forhold, som for eksempel kjønn, rase og seksuell legning, er det ulovlig å vektlegge etter særskilte lovbestemmelser. Andre kriterier, som for eksempel utseende og personlighet kan det være irrelevant å ta i betraktning.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 krever at den individuelle utvelgelsen skal være saklig.

Utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp eller permitteres foretas etter at ledelsen har fastslått hvilke kriterier den ønsker å legge vekt på.

4.5 Utvelgelseskrets

Det rettslige utgangspunktet for utvelgelsen er virksomheten, altså som hovedregel det rettssubjekt arbeidstaker er ansatt i⁵⁴. I teori og rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at det er adgang til å nærmere avgrense utvelgelseskretsen dersom det foreligger saklig grunnlag for det⁵⁵. Momenter av betydning for om det er saklig vil blant annet være virksomhetens størrelse, dens økonomiske situasjon, hvilke praktiske problemer utvelgelsen vil byr på (for eksempel om det er en stor og variert virksomhet), om en videre utvelgelseskrets vil gjøre det vanskelig å beholde nødvendig kompetanse eller vanskeliggjør sikring av forsvarlig drift på annen måte. Tidligere praksis i virksomheten kan gjøre en avgrensning i krets saklig.⁵⁶ En avgrensning av utvelgelseskretsen kan få betydning for utfallet av utvelgelsen.

⁵⁴ Omstillinger og nedbemanning (2003) side 263

⁵⁵ Blant annet Rt-1992-776

⁵⁶ Omstilling og nedbemanning (2003) side 272

5 Ansiennitet som faktor i utvelgelsen ved oppsigelse utenfor tariff

I den følgende fremstilling skal jeg se nærmere på vekten av ansiennitetsmomentet isolert, og i forhold til andre relevante momenter i utvelgelsen. Momentene i saklighetsvurderingen vil i praksis ha nær sammenheng i en nedbemanningsprosess. Inndelingen kan derfor virke noe kunstig. Jeg har likevel valgt denne fremgangsmåten for å kunne fremstille betydningen ansiennitet som faktor i utvelgelsen på en grundig og oversiktlig måte.

5.1 Saklighetskravet er en rettslig standard

I dette avsnittet skal jeg kort redegjøre for den rettslige betydningen av saklighetskravet i aml. § 15-7. Dette er for å forstå grunnlaget for den videre fremstillingen, og for å illustrere at vurderingen av om utvelgelsen er saklig alltid vil variere i de konkrete tilfellene.

Saklighetsprinsippet i aml. § 15-7 er en rettslig standard. Innholdet i bestemmelsen er utviklet gjennom rettspraksis og følger den sosiale utviklingen ellers i samfunnet⁵⁷. Som påpekt av Høyesterett i Rt-1984-1058:

”Jeg har allerede pekt på det som er sagt i Ot.prp.nr.41 (1975-76) side 72 om betydningen av rimelighetsvurderinger. Samme sted pekes på målsettingsbestemmelsen i loven, og på at saklighetskriteriet må følge den sosiale utvikling i samfunnet ellers.”⁵⁸

Som nevnt innledningsvis er samfunnet i dag i stor grad preget av teknologi og kunnskap. Det stilles større krav til virksomhetens konkurranseevne både i produksjon og i produktutvikling⁵⁹. Dette påvirker hvilke behov virksomheten har for arbeidskraft, innholdet i saklighetsvurdering og hvilke kriterier som kan legges til grunn i utvelgelsen.

⁵⁷ Jakhelln (2006) side 428

⁵⁸ side 1068

⁵⁹ Omstilling og nedbemanning (2003) side 19

5.2 Kan ansiennitet tillegges betydning i utvelgelsen

Ordlyden og forarbeidene til aml. § 15-7 gir ikke direkte anvisning på hva som skal vektlegges i utvelgelsen. Det er kun et vilkår etter loven at utvelgelsen skal være saklig. Etter lov og forarbeider isolert sett står dermed virksomheten i utgangspunktet fritt til å velge hvilke kriterier de skal vektlegge i utvelgelsen og om den ønsker å legge vekt på ansiennitet.

Det fremstår som klart etter teori og rettspraksis at ansiennitet alltid er et saklig kriterium å ta i betraktning i utvelgelsen.⁶⁰ Som uttrykt av Dege:

”Etter norsk rett kan ansettelsestid være et moment i saklighetsvurderingen. Den som har vært ansatt i kort tid kan ikke gjøre krav på det samme vern som en med lengre ansettelsestid.”⁶¹

Den relative vekten av ansiennitet vil imidlertid bero på kriteriets egenvekt og andre saklige kriteriers vekt. Jeg skal videre i dette avsnittet se nærmere på enkeltfaktorer som påvirker ansiennitetsmomentets egenvekt.

5.3 Ansiennitetsmomentets egenvekt

Ansiennitetsmomentets egenvekt kan få betydning for hvilken relativ vekt momentet har sett opp mot andre relevante utvelgelseskriterier. Egenvekten kan avhenge av blant annet av lengden på ansienniteten, forskjellen i ansiennitet mellom arbeidstakerne og hvilke andre utvelgelseskriterier som er relevante å ta i betraktning.

5.3.1 Særlig lang ansiennitet

Det er hevdet at vekten av ansiennitet påvirkes av hvor lang ansiennitetstiden er.⁶² Det kan være motstridende hensyn fra arbeidstakersiden og arbeidsgiversiden ved å tillegge særlig lang ansiennitet vekt.

⁶⁰ se blant annet Holo og Fougner (2006) side 804 og Rt-1986-879

⁶¹ Dege (1997) Bind II side 27

Rettepraksis har lagt vekt på at særlig lang ansiennitet kan tillegges vekt i utvelgelsen. I Rt-1986-879 var et av spørsmålene i saken om utvelgelsen av fire kvinnelige arbeidstakere fra en industribedrift var saklig. Utvelgelsen var i stor grad begrunnet i de kvalifikasjoner bedriften trengte for den videre drift, men også alder, ansiennitet og klare sosiale hensyn var vektlagt. Om ansiennitetsmomentets egenvekt uttalte Høyesterett:

”De ankende parter har hevdet at arbeidsgiveren er rettslig forpliktet til å følge ansiennitetsprinsippet som den alt overveiende hovedregel, og at det i hvert fall ikke var tilstrekkelig grunnlag i dette tilfelle for å fravike ansiennitetsprinsippet. Jeg peker her først på at ingen av de arbeidstakere som denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem.”⁶³

Jeg slutter ut fra Høyesteretts uttalelse at lengden på ansienniteten kan ha betydning for vekten av momentet. I RG-1995-6 hadde virksomheten i en rasjonaliseringsprosess valgt å nedlegge arbeidstakerens stilling. For vurderingen av hennes lange ansiennitet uttalte lagmannsretten; ”Spørsmålet er så om den ankende part av velferdshensyn, sett hen til hennes lange tjeneste i bedriften, bør kunne få forbli der.”⁶⁴ I dommen sto det ikke mellom flere arbeidstakere, og spørsmålet var derfor om virksomheten hadde en særlig plikt til å omplassere arbeidstakeren. Virksomheten hadde etter lagmannsrettens syn en slik plikt, men den kunne ikke strekkes lenger enn til at også virksomhetens behov ble ivarettatt. I RG-1992-669 uttalte herredsretten på samme måte ” En annen ting er at jo kortere ansiennitet man har jo mindre vekt vil ansiennitetsprinsippet ha.”⁶⁵

Også i teorien er det hevdet at særlig lang ansiennitet gir vekt til momentet. Jakhelln har lagt til grunn at ansiennitetshensyn i relasjon til lovbestemmelser om saklig oppsigelsesgrunn først har vært tillagt relevans hvor ansettelsestiden har vært mer enn 10-

⁶² Blant annet i Fougner og Holo (2006) side 804 og Jakhelln (2006) side 440

⁶³ side 886

⁶⁴ avsnitt 5 under lagmannsrettens bemerkninger

⁶⁵ RG-1992-699 (Sunnmøre Herredsrett)

15 år⁶⁶. Grunnlaget for uttalelsen er rettspraksis før 1967. Fougner med flere er også av den oppfatning at momentets vekt påvirkes av lengden på ansienniteten og at en arbeidstaker bør ha vært ansatt ca. 10-15 år før ansiennitet kan påberopes som et selvstendig hensyn når bedriften ikke er bundet av tariffavtale⁶⁷. I tillegg bør det være betydelig forskjell i forhold til andre berørte arbeidstakere. Det er påpekt av Fougner og Holo at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har en lovfestet plikt til å legge ansiennitet til grunn i oppsigelsen, men at særlig lang ansiennitet må tillegges vekt⁶⁸. Slik jeg tolker disse uttalelsene er at ansiennitet ikke i alle tilfeller har en vekt som tilsier at det må vurderes.

Hva som er særlig lang ansiennitet etter den rettspraksis jeg har sett nærmere på har vært varierende. I Rt-1986-879 uttalte retten at en ansiennitet på 4-8 år ikke var særlig lenge og dermed hadde svært liten vekt som selvstendig moment. I Rt-1966-393 kunne 28 års ansiennitet utløse en særlig plikt for virksomheten til å vurdere andre tiltak. Dette tilsier en større egenvekt til ansiennitetsprinsippet. Rt-1967-91 ble 30 års ansettelsestid tillagt vekt i helhetsvurderingen.

Selv om ansienniteten er svært lang kan situasjonen tilsi at momentet likevel ikke kan tillegges stor vekt. Eksempel på dette er dersom mange arbeidstakere med særlig lang ansiennitet vurderes til de samme stillingene. En dom fra Oslo Tingrett kan illustrere dette. Alle arbeidstakerne det sto mellom hadde ansiennitetstid på mellom 22 og 33 år. De fire som var beholdt hadde henholdsvis 28, 22, 31 og 26 års ansiennitet. Eksempelet illustrerer også at ansiennitetsmomentets betydning ikke statisk. Det vil alltid måtte gjøres en konkret helhetsvurdering. Utvelgelsen av disse fire ble av Tingretten ansett å være saklig⁶⁹. Her hadde altså alle arbeidstakerne lang ansiennitet og det skilte omtrent 10 år mellom den med lengst ansiennitet og den med kortest.

⁶⁶ Jakhelln (2000) side 745

⁶⁷ Omstilling og nedbemanning (2003) side 264

⁶⁸ Fougner og Holo (2006) side 804

⁶⁹ TOSLO-2010-59779, TOSLO-2010-60169, TOSLO-2010-60108 og TOSLO-2010-60351

Det må etter dette også sies å være en flytende grense for hva som er særlig lang ansiennitet. Ut fra de rettskildefaktorene som er drøftet kan det slås fast at ansiennitetsmomentet i seg selv nok har størst betydning dersom ansienniteten er svært lang.

5.3.2 Ansiennitetsforskjeller

Differansen mellom de ansattes ansiennitet kan også påvirke ansiennitetsmomentets vekt. Dette er blant annet uttalt i juridisk teori. *”Forskjellen i ansiennitet mellom de ansatte bør være betydelig for at ansiennitet skal ha selvstendig betydning.”*⁷⁰

Rettspraksis har også vektlagt ansiennitetsmomentet ut fra differansen i ansiennitet mellom arbeidstakerne. I LG-2000-207 uttalte lagmannsretten at:

”De hensyn som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet, må være mer tungtveiende jo klarere ansiennitetsforskjellen er, jf Fanebust s. 184. Som hovedregel må ansiennitetshensynet vike dersom dette er nødvendig for at bedriften skal kunne beholde arbeidstakere som har kortere ansiennitet, men som har klart bedre kvalifikasjoner.”⁷¹

I Rt-1986-879 sa Høyesterett at man kunne se bort fra en ansiennitetsforskjell på 1-4 år. Dette var ubetydelig. Hensynet til arbeidstaker kan tilsi at jo større differansen mellom arbeidstakeren er, jo mer vekt tillegges momentet. Lengden av ansienniteten må med andre ord ses i sammenheng med forskjellen i ansiennitet.

I tråd med det som er sagt over kan nok vesentlige ansiennitetsforskjeller tillegges vekt, men vekten av denne faktoren avhenger av hvor lang ansienniteten totalt sett er.

⁷⁰ Omstilling og nedbemanning (2003) side 264

⁷¹ avsnitt 10 under lagmannsrettens bemerkninger

5.3.3 Drøftelser med tillitsvalgte

Drøftelser mellom tillitsvalgte og arbeidsgiver kan få betydning for vekten av momentene i helhetsvurderingen. I Rt-1999-989 ble det ansett relevant å legge vekt på at tillitsvalgte motsatte seg at andre ansatte skulle fortrenses. Drøftelser med tillitsvalgte kan også føre til avtaler om hvilke momenter som skal tas i betraktning i utvelgelsen. Slike avtaler må imidlertid ikke gå ut på at arbeidstaker blir stilt dårligere enn etter den alminnelige saklighetsvurderingen i aml. § 15-7. Arbeidsmiljøloven er ufravikelig med mindre det er særskilt fastsatt noe annet i den enkelte bestemmelse jf. aml § 1-9. Av saklighetskriteriet i aml. § 15-7 følger det at vurderingen må bestå av forsvarlige kriterier og alle relevante momenter må tas i betraktning.

Ettersom arbeidsgivers standpunkt i følge forarbeidene er avgjørende dersom en ikke kommer fram til en avtale ⁷², vil innholdet av slike avtaler tillegges betydelig vekt fordi det da representerer enighet mellom partene. I den grad det er avtalt at utvelgelsen skal skje på bakgrunn av ansiennitet vil nok dette kunne tilføre ansiennitetsmomentet betydelig selvstendig vekt. I lagmannsrettens dom LG-2000-207 var det avtalt at det ved bemanningsreduksjoner skulle legges vekt på ansiennitet under ellers like vilkår. Lagmannsretten la i sin vurdering vekt på avtalen og tok utgangspunkt i ansiennitet ved vurderingen av om oppsigelsen var saklig. Det kan tolkes ut av dommen at avtalen ga ansiennitet større vekt enn momentet ville hatt dersom det ikke var inngått en slik avtale. Det måtte likevel foretas en konkret vurdering i utvelgelsen mellom arbeidstakerne. Arbeidstakeren hadde arbeidet i avdelingen i 14 år mens den andre arbeidstakeren hadde arbeidet i avdelingen i 6 måneder. Dette kunne nok gitt ansiennitetsmomentet egenvekt uavhengig av avtalen.

Tidligere praksis i virksomheten kan også gi ansiennitet vekt i utvelgelsen. Hva som skal til for at virksomheten er sedvanerettslig forpliktet til å benytte ansiennitet beror på hva som tidligere er lagt til grunn og om det har festet seg en oppfatning om at dette er riktig. I

⁷² Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) side 11

byrettens bemerkninger i Rt-1986-879, ble det uttalt det at det skal mer til enn at bedriften en gang hadde lagt ansiennitet til grunn for at det var blitt en sedvane i bedriften⁷³. Høyesterett fant også i samme dom at manglende drøftelse med tillitsvalgte ikke kunne tillegges betydning.

5.3.4 Betydningen av ansiennitet i forhold til andre momenter

Ansiennitetsmomentets egenvekt og relative vekt vil avhenge av hvilke andre momenter arbeidsgiver tar i betraktning i utvelgelsen. Dette avsnittet skal se på hvilken betydning andre momenter har for ansiennitetsmomentets egenvekt.

Rt-1986-879 kan illustrere at utvelgelsen består av ulike momenter og at disse må veies mot hverandre. Høyesterett uttalte at

”Selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med.”⁷⁴

Høyesterett fant at ansiennitetsprinsippet kunne fravikes på grunnlag av kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet når dette var tilstrekkelig begrunnet i virksomhetens behov.

Selv om den rettslige betydningen av ansiennitet i utvelgelsen i liten grad er behandlet av Høyesterett er det antatt i teorien at virksomheten ikke er forpliktet til å følge et ubetinget ansiennitetsprinsipp med mindre det foreligger særskilt grunnlag for det⁷⁵. Heller ikke når det er særskilt avtalt, slik som jeg drøftet over, kan ansiennitet ubetinget legges til grunn i utvelgelsen selv om det i slike tilfeller må tillegges større vekt.

⁷³ Fanebust (2001) side 176

⁷⁴ side 886

⁷⁵ Evju (1988) side 253, Fanebust (2001) side 175 og Holo og Fougner (2006) side 804

Dege skriver om ansiennitet, at foruten avtaleregulerte forhold er det ingen rettssetning om at arbeidsgiver skal følge et ansiennitetsprinsipp i utvelgelsen av personell ved oppsigelse og at det kun er et ledd i den rimelighetsvurdering arbeidsgiver skal foreta⁷⁶. Den relative vekten av ansiennitet vil som følge av en helhetsvurderingen og avhenge av hvilke andre saklige kriterier som er tatt i betraktning.

Vekten av ansiennitet beror også på hvilke behov virksomheten har. I en virksomhet med stor grad av homogent arbeid og eller uten særlige kvalifikasjonskrav kan ansiennitet ha avgjørende vekt fordi det bidrar til å skille mellom arbeidstakerne. Et eksempel hvor det var relevant å legge vesentlig vekt på ansiennitetsrekkefølgen er lagmannsrettens dom RG-1993-335. Faktum i saken var at virksomheten måtte kutte en av to kontorstillinger. Virksomheten valgte å legge avgjørende vekt på ansiennitet. Den ene av de som arbeidet på kontoret ble sagt opp på grunnlag av dette. Hun hevdet imidlertid at virksomheten ikke kunne se isolert på denne avdelingen av virksomheten og gjorde krav en rengjøringsstilling i en annen avdeling. Den arbeidstaker som hadde stillingen ble dermed oppsagt. Spørsmålet var om dette var saklig. Lagmannsretten uttalte:

”Utgangspunktet ved anvendelsen av ansiennitetsprinsippet er at de sist ansatte sies opp før de senere ansatte. Andre hensyn kan slå gjennom dette utgangspunkt.(...) Rengjøringsarbeidet krever ingen fagopplæring. Det er bedriftens vurdering at man nettopp derfor kunne følge ansienniteten.”⁷⁷

Ved homogent arbeid vil ofte den relative vekten av ansiennitet være høyere, fordi kvalifikasjoner ikke er av særlig betydning.

5.3.5 Ansiennitet og likestilling

Betydningen av ansiennitet beror som nevnt på hvilke andre argumenter virksomheten har for utvelgelsen. Utvelgelse på bakgrunn av kjønn kan være uforenelig med ansiennitet.

⁷⁶ Dege (2007) Bind I side 710

⁷⁷ side 361

Hensynet til kjønn kan antas å være et saklig hensyn å ta i betraktning. Lovligheten av momentet vil bero på om de materielle vilkårene for særbehandling på bakgrunn av kjønn i likestillingsloven er oppfylt. Ulik behandling av kvinner og menn er bare tillatt i helt bestemte tilfeller, jf. likestillingsloven § 3 tredje og fjerde ledd samt ulovfestede saklighetsprinsipper. Det er etter disse reglene adgang til å foretrekke det ene kjønn, for eksempel til en stilling, dersom kjønn er en avgjørende kvalifikasjon for å utføre det aktuelle arbeidet. Vekten av dette momentet vil imidlertid kunne avgjøres på bakgrunn av kvalifikasjoner og egnethet til stillingen og dermed følge direkte av aml. § 15-7. Videre er det adgang til å særbehandle det ene kjønn for å fremme likestilling (kvotering o.l.)⁷⁸. Avveiningen av dette følger ikke direkte av aml. § 15-7. Likestillingslovens § 4 annet ledd fastslår at det ikke må gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med likestillingsloven § 3 fjerde ledd ved blant annet oppsigelse og permittering. Bestemmelsen om positiv særbehandling kan dermed benyttes ved utvelgelsen til både oppsigelse og permittering. Dette kan være aktuelt dersom virksomheten har behov for en fast kjønnssammensetning i virksomheten. Siden arbeidsmiljølovens bestemmelser er ufravikelige til gunst for arbeidstaker må de øvrige momenter i saklighetsvurderingen vektas opp mot behovet for å beholde et bestemt kjønn. I forhold til ansiennitet må ansiennitetsmomentets egenvekt, altså hvor mye det i seg selv kan vektas holdes opp mot virksomhetens behov. Også her kan det nok tenkes at den økonomiske situasjonen vil påvirke vekten av ansiennitetsmomentet.

Særbehandling på bakgrunn av kjønn vil kunne få større betydning enn ansiennitet dersom det kan forelegges dokumentasjon på at det er særlig viktig for den videre drift. Likestilling er lovfestet og et godt behandlet tema som lovgiver til en viss grad har tatt stilling til. Ansiennitet er kun et moment som kan få betydning, men som ikke i alle tilfeller må tillegges særlig vekt, med mindre dens egenvekt tilsier det. Likestillingslovgivningen er imidlertid ikke gitt i oppsigelsesøyemed. I helhetsvurderingen må arbeidsgiver se på de hensyn som er anerkjent i rettspraksis, hensynet til individuell rettferdighet og hensynet til

⁷⁸ Ot.prp.nr 77 (2000-2001) punkt 2.2

virksomhetens behov. Dette må vurderes konkret, men dersom virksomheten kan dokumentere at dette er et behov virksomheten har for den videre drift skal det trolig mindre til for å la dette veie tyngre enn ansiennitet.

5.4 Finnes det tilfeller hvor arbeidsgiver må tillegge ansiennitet vekt

Det følger av den forutgående fremstilling at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har plikt til å ta ansiennitet i betraktning. Imidlertid kan arbeidsgiver være forpliktet til å ta ansiennitet i betraktning de tilfellene hvor egenvekten av ansiennitet er sterk.

I Rt-1966-393 hadde bedriften på bakgrunn av arbeidstakers alder, ansiennitet og sosiale forhold etter Høyesteretts mening en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå oppsigelse. I Rt-1972-1330 uttalte Høyesteretts flertall at arbeidstaker

”På grunn av lang tjeneste og kvalifikasjoner stod i en stilling som påla bedriften å ta særlig hensyn til ham.”⁷⁹

Det kan dermed være hensiktsmessig å se på ulike tilfeller hvor arbeidsgiver er forpliktet til å ta ansiennitet i betraktning.

5.4.1 Lang ansiennitet i kombinasjon med høy alder

Det er i henhold til juridisk teori ikke omstridt at kombinasjonen høy alder og lang ansiennitet i alle tilfeller skal tillegges vekt og innebærer et sterkere stillingsvern enn ellers⁸⁰. Ansiennitet og alder kan være momenter som det må legges vekt på i en helhetsvurdering⁸¹. Dette følger direkte av aml. § 15-7 annet ledd som pålegger arbeidsgiver å foreta en interesseavveining mellom arbeidstakers ulemper med oppsigelsen

⁷⁹ side 1334

⁸⁰ ”Omstilling og nedbemanning” 2003 side 264 og kommentarer til arbeidsmiljøloven side 804

⁸¹ Evju (1988) side 253

og virksomhetens behov⁸². Hensynet til at en oppsigelse kan ramme eldre arbeidstakere hardt underbygger vekten av dette momentet. Det kan være problematisk å vekte en eldre arbeidstakers kvalifikasjoner og egenskaper mot en yngre arbeidstaker. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller ha en særskilt plikt til å begrense skadevirkningene av en oppsigelse. I Rt-1966-393 og Rt-1972-1330 kom Høyesterett i begge tilfellene til at bedriften på grunn av arbeidstakers lange ansiennitet og høye alder hadde et særlig ansvar for å begrense skadevirkningene av en oppsigelse og vurdere andre tiltak. Også samfunnsmessige hensyn kan begrunne at et særlig stillingsvern for eldre arbeidstakere fordi det kan bidra til mindre førtidspensjoner⁸³. Plikten strekker seg imidlertid ikke lenger enn at virksomhetens behov også ivaretas. I RG-1995-6 hadde arbeidstaker på 60 år vært ansatt i virksomheten i 23 år. Virksomheten hadde ikke lyktes å finne annet passende arbeid til arbeidstakeren. Selv om oppsigelsen kom til å ramme arbeidstakeren meget hardt, det var ikke sannsynlig at hun kom til å finne nytt arbeid, ble oppsigelsen av lagmannsretten vurdert som saklig. Det ville være urimelig å pålegge virksomheten å omorganisere arbeidet slik at det ble plass for arbeidstakeren. Det kan nok legges til grunn at alder gir vekt til ansiennitetsmomentet. Det kan være større grunn til å ivareta interessene til eldre veltjente arbeidstakere. Disse to faktorene henger også ofte sammen. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller aldri kan se helt bort fra ansiennitet.

5.4.2 Tilfeller hvor arbeidstakerne stiller likt basert på kvalifikasjoner

Dersom arbeidstakerne stiller likt basert på kvalifikasjoner, kan dette gi større vekt til ansiennitetsmomentet. Dette avsnittet skal se nærmere på om arbeidsgiver i slike tilfeller er forpliktet til å ta ansiennitet i betraktning.

Som nevnt over har virksomheten som hovedregel fastsatt utvelgelseskriteriene på forhånd. Det vil bli foretatt en helhetsvurdering ut fra de momenter som arbeidsgiver etter dette kan ta i betraktning ved oppsigelse. Har virksomheten bestemt at det skal tas utgangspunkt i

⁸² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁸³ se f.eks NOU 1994:2 punkt 2.6.5 for rettspolitiske betraktninger om eldre i arbeidslivet

arbeidstakers kvalifikasjoner må arbeidsgiver likevel vurdere andre momenter dersom dette viser seg å ikke være egnet for å velge mellom arbeidstakerne. Ansiennitet er et av flere momenter som da kan være avgjørende for vurderingen. I LG-2000-207 kom lagmannsretten etter en konkret vurdering av sakens faktum at arbeidstakerne stilte likt med hensyn til kvalifikasjoner. Arbeidstakeren med lengst ansiennitet skulle da vært fortrukket⁸⁴. Det må legges til at bedriften, før oppsigelser ble gitt, hadde utarbeidet prinsipper for utvelgelsen hvor ansiennitetsprinsippet skulle følges på ellers like vilkår. Fanebust skriver at *”dersom bedriften har lagt ansiennitetsprinsippet til grunn ved valget mellom arbeidstakere som har like eller tilnærmet like kvalifikasjoner eller som alle fyller ”minstekravene” for de aktuelle stillingene,”* kan oppsigelsen vanskelig angripes som usaklig⁸⁵. Jeg er ikke ubetinget enig i dette synspunktet. Jeg mener at det også må vurderes i forhold til andre utvelgelsesmomenter og at det fortsatt vil være avgjørende hvilken egenvekt ansiennitetsmomentet har. Jeg er imidlertid enig i at det kan være enklere å begrunne at ansiennitet tillegges vekt siden ansiennitet er objektivt og i tillegg anses som et arbeidstakerhensyn. Andre momenter, som sosiale forhold kan tillegges avgjørende vekt fordi virksomheten er forpliktet til å foreta en interesseavveining. Jeg vil anta at dersom det er små ansiennitetsforskjeller sammenholdt med det som er sagt over om betydningen av ansiennitet, vil sosiale forhold kunne få større vekt enn ansiennitet. Dersom det er slike sosiale forhold, kan det tenkes at det ikke er saklig å se bort fra dette.

Selv om arbeidstakerne stiller likt etter kvalifikasjoner vil arbeidsgiver ha en sterk oppfordring til å vurdere andre momenter i utvelgelsen som kan bidra til å skille arbeidstakeren. Arbeidsgiver har imidlertid ikke en ubetinget plikt, selv i slike tilfeller, til å ta ansiennitet i betraktning. Det kan være andre momenter som gir mer nytte til dette formålet.

⁸⁴ avsnitt 11 under lagmannsrettens bemerkninger

⁸⁵ Fanebust (2001) side 180

5.5 Opplæringsplikt

Problemstillingen i dette avsnittet er hvorvidt virksomheten er pliktig til å preferere en arbeidstaker med lengst ansiennitet selv om dette krever opplæring. I forhold til ansiennitet vil opplæringsplikt stort sett bli aktuelt i tilfeller hvor virksomheten må ta ansiennitet i betraktning, det vil si hvor det er snakk om særlig lang ansiennitet. Temaet har nær sammenheng med plikten til å tilby annet passende arbeid, men er ikke helt det samme når det er snakk om å overta en annen arbeidstakers stilling.

Arbeidsgiver har en alminnelig plikt til å sørge for opplæring innenfor det som dekkes av arbeidstakers arbeidsoppgaver. Ut over dette er det mer tvilsomt hvor langt opplæringsplikten generelt strekker seg⁸⁶. I tillegg til behov for kvalifikasjoner taler virksomhetens økonomi for at ansiennitetsmomentet må vike slik at ansiennitetsforskjellen må være stor for at arbeidsgiver er pliktig til å tillegge ansiennitet avgjørende vekt i helhetsvurderingen

Som illustrasjon for problemstillingen kan det vises til Rt-1986-879. Arbeidstakerne hevdet at de på bakgrunn av ansiennitet måtte beholdes. Høyesterett påpekte at det var små ansiennitetsforskjeller. Siden deres stillinger falt bort innebar dette at de måtte overføres til andre stillinger på bekostning av andre arbeidstakere. Arbeidstakerne mente de kunne utføre arbeidet etter relativt kort opplæringstid slik at ansiennitetsrekkefølgen kunne benyttes. Til dette uttalte Høyesterett at i den vanskelige situasjonen bedriften befant seg i forelå det sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver. Bedriftsledelsens avgjørelse om å ikke flytte arbeidstaker var saklig begrunnet. I RG-1995-6 hadde bedriften lagt om til EDB baserte rutiner for å rasjonalisere slik at arbeidstakerens stilling falt bort. Arbeidstakeren hadde bodd i Norge i 29 år, men kunnskapene i norsk satte klare grenser for hva slags arbeid hun kunne settes til. Arbeidstaker hevdet forgyeves at hennes vanskeligheter skyldtes at virksomheten bevisst hadde unnlatt å lære henne opp i EDB. Arbeidstaker var 60 år og

⁸⁶ Jakhelln (2006) side 323

hadde 23 års ansiennitet og dette hensyn ga bedriften en særlig plikt til å vurdere skadevirkningene av oppsigelsen. Utfallet i saken var imidlertid at det var urimelig å pålegge bedriften å omorganisere arbeidet slik at det ble plass til henne. Arbeidstaker manglet avgjørende kunnskaper som var nødvendig for at hun skulle kunne omplasseres.

Arbeidstaker må også selv ha en plikt til å ta initiativ til den nødvendige opplæring for å kunne opprettholde virksomhetens behov. I LH-2000-359 manglet arbeidstaker med lengst ansiennitet fagbrev som var nødvendig for å utføre selvstendig arbeid i virksomheten. Arbeidstaker var på oppsigelsestidspunktet 53 år og hadde 19 års ansiennitet i virksomheten. Det var lagt til grunn at det kunne ta 18 måneder å få dette fagbrevet. Med etterutdanning hevdet arbeidstaker at det ikke ville være nødvendig å si han opp på bakgrunn av at han hadde lengre ansiennitet enn de fleste andre i bedriften. I en situasjon hvor inntjeningen var synkende og overtalligheten var klar hadde bedriften behov for å beholde de arbeidstakerne som hadde fagbrev og som kunne benyttes til selvstendig arbeid. Arbeidstakeren hadde heller ikke tatt skritt for å skaffe seg nødvendig fagbrev før oppsigelsen kom.

I enkelte tilfeller kan ansiennitet i seg selv veie så tungt at bedriften må preferere denne arbeidstakeren selv om det innebærer noe opplæring. Som jeg har vist i eksemplene vil imidlertid virksomhetens behov veie tyngre enn hensynet til arbeidstaker, selv om arbeidstaker har lang ansiennitet. Dette må vurderes konkret i forhold til hvilket slingsrom virksomheten har for opplæring.

6 Ansiennitet som faktor ved utvelgelse til oppsigelse innenfor tariff

I kapittel seks skal jeg se nærmere på betydningen av ansiennitet innenfor tariffregulerte områder. Jeg tar i all hovedsak for meg Hovedavtalens bestemmelser.

6.1 Ansiennitet i Hovedavtalen

Hovedavtalen § 9-12 bestemmer at ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn. Avtalen gir konkrete føringer på helhetsvurderingen virksomheten foretar som følge av saklighetskravet i aml. § 15-7.

Tidligere var ordlyden i bestemmelsen at ansiennitet under ellers like vilkår kunne bli utslagsgivende. I protokolltilførselen til bestemmelsen både fra LO og NHO i 2010 er det fastslått at endringene i tekst ikke innebærer endring av gjeldende praksis. Dermed er tidligere praksis relevant.

6.2 Skal eller kan virksomheten vektlegge ansiennitet?

Ordlyden i Hovedavtalen § 9-12 kan tolkes dithen at arbeidsgiver kan benytte ansiennitet som utvelgelseskriterium, med mindre det foreligger saklig grunn til også å anvende andre saklige kriterier. Til støtte for dette er Arbeidsrettens dom ARD-1990-169 hvor retten mente at ordlyden i Hovedavtalen ikke ga en ubetinget plikt til å følge ansiennitet. Dette krever en nærmere vurdering og avveining⁸⁷. Problemstillingen i dette avsnittet er om regelen er slik å forstå eller om det uansett skal gjøres en helhetsvurdering.

I følge Jakhelln skal enhver tjenestetid og enhver forskjell i tjenestetid ved tariffestede ansiennitetsregler tillegges relevans med mindre det er holdepunkter for annet⁸⁸. Uttalelsen kan gi holdepunkter for hvilken vekt ansiennitet i seg selv skal ha. Fougner mener imidlertid at det etter bestemmelsen i Hovedavtalen må foretas en helhetsvurdering, hvor

⁸⁷ ARD-1990-169

⁸⁸ Jakhelln (2000) side 745

ansiennitet er et av flere momenter som skal tillegges vekt ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp⁸⁹. Partene i Hovedavtalen har kommentert vekten av momentet. Der hvor det er felles forståelse mellom partene i uttalelsen kan de benyttes som et rettskildeargument⁹⁰. LO uttaler at ” *Regelen medfører at ansienniteten som hovedregel skal følges også i tilfeller hvor det ikke er like vilkår.* ”⁹¹ Videre er det angitt at en rekke forhold som kan gi saklig grunn til fravikelse av ansiennitet, blant annet ulikheter i kvalifikasjoner. Også andre forhold enn ulikheter i kvalifikasjoner kan gi saklig grunn til å fravike ansienniteten. Dette er imidlertid forhold arbeidsgiver kan se på. LOs uttalelse oppstiller etter min mening ingen plikt til å ta andre momenter i betraktning. Det som kan tolkes ut av dette er at arbeidsgiver plikter å ta ansiennitet i betraktning, men kan også legge vekt på andre momenter. NHO skriver i sine kommentarer at bestemmelsen ikke innebærer at man er forpliktet til å følge ansienniteten, men at tjenestetid er et av de momenter som skal tas med i vurderingen.⁹² Det er altså enighet mellom partene om at ansiennitet må tas i betraktning, men det er uenighet om hvilken vekt ansiennitet skal ha i den konkrete utvelgelsen. Begge partene legger vekt på at det kan være et moment i saklighetsvurderingen at utvelgelseskriteriene er drøftet med tillitsapparatet på forhånd selv om det verken er noe vilkår for eller ubetinget fører til at oppsigelsen er saklig.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 kan ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker heller ikke i tariffavtale. Bestemmelsen krever etter rettspraksis at utvelgelsen er basert på saklige og forsvarlige kriterier.

Det vil antageligvis være i strid med aml. § 15-7 å utelukkende legge vekt på kun et moment i utvelgelsen. Bestemmelsen krever et bredere vurderingsgrunnlag. Det kan imidlertid være tilfeller hvor ansiennitet kan være det eneste moment som får betydning. Dette kan for eksempel være tilfeller hvor det kreves lite kvalifikasjoner til stillingen. I

⁸⁹ Omstilling og nedbemanning (2003) side 260

⁹⁰ Kollektiv arbeidsrett (2004) side 192

⁹¹ kommentarer til kapittel 9 fra LOs hjemmeside

⁹² kommentarer gitt av NHO til kapittel 9 i note 22

slike tilfeller kan det være lovlig etter Hovedavtalen å utelukkende vektlegge ansienniteten. Som konklusjon på avsnittet kan det sies arbeidsgiver skal tillegge ansiennitet betydning. Det kan imidlertid også vektlegges andre momenter. Det er etter dette noe uklart om arbeidsgiver utelukkende kan begrunne oppsigelsen i ansiennitet. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av situasjonen.

6.3 Ansiennitetsmomentets egenvekt

Selv om partene har avtalt at ansiennitet må tas i betraktning vil vekten av momentet også i slike tilfeller bero på ulike faktorer. Forskjellen fra tilfellene utenfor tariff er imidlertid at virksomheten her må ta ansiennitet i betraktning. Dette kan påvirke vekten av momentet, hvor mye som skal til for å fravike ansiennitet. Momentets egenvekt i tariff må først avklares før det kan vurderes i forhold til andre momenter i utvelgelsen.

6.3.1 Særlig lang ansiennitet og ansiennitetsforskjeller

Jakhelln mener at det i utgangspunktet ikke kan oppstilles et kvalifikasjonskrav for vekten av ansiennitet⁹³. Dette kan ikke gjelde ubetinget. NHO skriver i sine kommentarer at ansiennitetens betydning er i alle tilfelle relativ. Er tjenestetiden kort og forskjellene små (f.eks. noen måneder) vil betydningen av ansienniteten være vesentlig mindre enn om forskjellen er på mange år. Også LO legger dette standpunkt til grunn slik at det er enighet mellom partene at vekten av momentet beror også i tariffregulerte tilfeller på hvor lang ansienniteten er.

Arbeidsretten legger også til grunn at momentets egenvekt beror på hvor lang ansiennitetstiden er og hvor store forskjeller det er i ansienniteten. I ARD 1990-169 handlet saken riktignok om permittering, men den generelle uttalelsen om ansiennitetsprinsippet kan ha betydning for oppsigelsestilfellene. Ansiennitetsbestemmelsen ved permittering i §

⁹³ Jakhelln 2000 side 745

8-1 nr.3 har likelydende ordlyd som § 9-12. Arbeidsretten uttaler for vekten av momentet at:

”Retten legger i den forbindelse vesentlig vekt på at forskjellen i ansiennitet mellom dem som ble beholdt og de permitterte var liten, og alle hadde kort ansettelsestid.”⁹⁴

De alminnelige domstoler har også tolket vekten av ansiennitetsmomentet. I lagmannsrettens dom RG-1990-1098 måtte en bedrift si opp 21 av i alt 88 produksjonsarbeidere på grunn av svikt i ordretilgangen. Av betydning for denne del av oppgaven er vurderingen av ansiennitetsbestemmelsen. Lagmannsretten mente at arbeidsgiver gjennom avtaleverket har fraskrevet seg noe av sin styringsrett og uttalte at:

” Ansienniteten vil kunne påvirke utslaget av forskjellsvurderingen - jo mindre ansiennitetsforskjellen er, jo lettere vil en annen forskjell kunne være utslagsgivende eller jo mindre vil kreves for å konstatere grunn til å fravike ansiennitet.”⁹⁵

Dette må bety at momentets egenvekt påvirkes både av hvor lang ansienniteten er og hvor store ansiennitetsforskjellene er. Det skal med andre ord også i Hovedavtalen mindre til for å saklig fravikelse fra ansiennitet dersom det er snakk om små ansiennitetsforskjeller og kort ansiennitet.

6.3.2 Betydningen av ansiennitet i forhold til andre momenter

Ansiennitetsmomentets egenvekt og relative vekt vil også etter Hovedavtalen avhenge av hvilke andre momenter arbeidsgiver tar i betraktning i utvelgelsen. Dette avsnittet skal se på hvilken betydning andre momenter har for ansiennitetsmomentets egenvekt.

Ordlyden i bestemmelsen er at ansiennitet kan fravikes dersom det er saklig grunn. Innholdet i saklig grunn bestemmes på bakgrunn av den vekt de ulike momenter tillegges. Er det for eksempel kort ansiennitet tillegges ansiennitet liten vekt, men den relative vekten

⁹⁴ side 179

⁹⁵ side 1104-1105

må likevel ses på bakgrunn av hvilke andre momenter virksomheten tar i betraktning.

I RG-1985-128, som gjaldt tvist om usaklig oppsigelse, var saksforholdet at en betongvarefabrikk hadde fraveket ansiennitet til fordel for kvalifikasjoner begrunnet i effektivitetshensyn. Bedriften var bundet av Hovedavtalen mellom LO-NHO.

Lagmannsrettens flertall la til grunn at bedriften hadde et vidt spillerom hva gjelder hvilke tiltak som må settes i stand for å bedre bedriftens situasjon. I utvelgelsen måtte bedriften etter beste skjønn vurdere bedriftens situasjon og hvilke av de ansatte som eventuelt skulle sies opp likevel slik at ansienniteten følges ”under ellers like vilkår” (hovedavtalens § 9 punkt 3 e nå § 9-12). Lagmannsrettens flertall uttalte at bedriftsledelsen hadde et ansvar for effektiviteten i den reduserte bedriftsorganisasjon og måtte under utøvelse av et forsvarlig skjønn kunne gjøre unntak fra ansiennitetsprinsippet. De som blir beholdt trengte ikke være helt nødvendige for den videre drift:

”En klar forskjell i dyktighet og erfaring innen det spesielle felt vil ofte være tilstrekkelig, spesielt når maksimal effektivitet er nødvendig for å oppnå den innsparing bedriften tar sikte på.”⁹⁶

Lagmannsretten la til grunn at bedriften hadde foretatt en forsvarlig vurdering av bedriftens økonomi i forhold til ulempen for arbeidstaker. En klar forskjell i dyktighet og erfaring er altså et tungtveiende argument for å fravike ansiennitet.

I RG-1990-1098, som er omtalt over, mente lagmannsrettens flertall at bestemmelsen i Hovedavtalen ikke ga noen ubetinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet. Momenter i vurderingen som kunne tilsi at ansiennitet ikke ble avgjørende var i følge Lagmannsretten bedriftens behov, kvalifikasjoner hos de ansatte og sykefravær og også sosiale og menneskelige hensyn. De grunner virksomheten har for å fravike ansiennitet må imidlertid kunne begrunnes i virksomhetens behov. For eksempel var det i denne saken innenfor enkelte områder av bedriften ikke nødvendig med særskilte kvalifikasjoner. Dette påvirket vurderingen om hva som er ”ellers like vilkår.” Ansiennitet kunne fravikes dersom det

⁹⁶ side 133

påvises andre grunner for å skille de andre ansatte og dette har grunnlag i bedriftens behov. Lagmannsretten gjentar for øvrig formuleringen om hvilken vurderingen virksomheten må ta i forhold til å opprettholde en forsvarlig drift fra RG-1985-128, se over.

Det følger ganske klart av rettstilstanden at andre momenter enn ansiennitet kan få avgjørende betydning for utvelgelsen. Har bedriften for eksempel behov for å beholde en bestemt arbeidskraft får ansiennitet mindre vekt. Dersom arbeidstakerne stiller likt vedrørende kvalifikasjoner og det ikke er spesielle individuelle forhold som vektlegges i utvelgelsen må ansiennitet imidlertid gis utslagsgivende vekt i utvelgelsen når partene er bundet av Hovedavtalen.

6.3.3 Vurderingen mellom ansiennitet og kvalifikasjoner

De samfunnsmessige endringene som har ført til at man i større grad behøver kvalifisert personell kan føre til at det åpnes en videre adgang til å legge kvalifikasjoner til grunn i utvelgelsen selv om ansiennitet må være med i vurderingen av hvem som skal sies opp. LO har i sine kommentarer uttalt at virksomheten ikke bør legge for mye vekt på formell kompetanse, men at det bør gjøres en helhetlig vurdering av en arbeidstakers formelle og reelle kvalifikasjoner, samt egnethet til stillingen.⁹⁷ Her kan ansiennitet gi uttrykk for kvalifikasjoner. I noen yrker er det påkrevet å ha den rette formelle kompetansen for eksempel i yrker som rørlegger, elektriker, sykepleier, leger og advokater. Det er forutsatt at arbeidstaker har denne kompetansen ved ansettelse slik at det i utvelgelsen vil stå mellom reelle kvalifikasjoner og egnethet til stillingen, samt eventuell spesialkompetanse eller spisskompetanse. I andre virksomheter er det ikke nødvendigvis påkrevet med en formell kompetanse. For at virksomheten skal kunne være kompetansedyktige vil det være en stor fordel å kunne beholde de arbeidstakere som det antas kan utføre arbeidet på best måte, selv om det ikke nødvendigvis har vært et vilkår for å få arbeid i virksomheten jf. RG-1994-1335:

”Uenighet om hvem av søkerne som var best kvalifisert da B ble ansatt i den spesielle stillingen,

⁹⁷ Kommentarer fra LOs egen hjemmeside

måtte i tilfelle ha vært tatt opp ved tilsetningen, og er ikke et relevant moment ved oppsigelsesspørsmålet.”⁹⁸

Forholdene kan også ha endret seg siden arbeidstakeren ble ansatt, noe som ofte er tilfellet dersom en har vært ansatt i mange år.

I LH-2000-359 ble en 53 år gammel elektriker med bedriftsansiennitet fra 1980 oppsagt i juli 1999. Det var på det rene at han hadde lenger ansiennitet enn de fleste andre i bedriften. Etter en ren ansiennitetsbetraktning skulle derfor andre vært oppsagt før han. Lagmannsretten uttaler at: *”Hovedavtalens bestemmelser om at ansiennitetsprinsippet skal legges til grunn ved oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger er imidlertid ikke unntaksfri.”*⁹⁹ Arbeidstakeren manglet fagbrev og var avskåret fra selvstendig arbeid. Samtlige av de andre hadde fagbrev og retten la til grunn at dette var nødvendig for å utføre selvstendige oppgaver. I forhold til adgangen for å fravike ansienniteten uttaler lagmannsretten:

”En økonomisk forsvarlig drift er en forutsetning for at en bedrift skal kunne opprettholde virksomheten. Det må foretas en løpende vurdering av arbeidsstyrkens kvalifikasjoner sett i forhold til de krav som markedet stiller til bedriften og dens varer og tjenester. Dette kan medføre at man i tilfelle av driftsinnskrenkninger må se bort fra bedriftsansiennitet, og legge avgjørende vekt på om vedkommende har de kvalifikasjoner som er nødvendige for at virksomheten skal kunne opprettholdes.”¹⁰⁰

I forhold til arbeidstakerens alder mente lagmannsretten at det vanskelig kunne ses at arbeidstakeren ble rammet i større grad enn andre i hans alder og med samme bakgrunn. Bedriften hadde også drøftet alternativer til oppsigelse. Endring i for eksempel konkurransen i markedet kan føre til at bedriften stadig stiller strengere krav til hvilken

⁹⁸ avsnitt 7 under lagmannsrettens bemerkninger

⁹⁹ avsnitt 7 under lagmannsrettens bemerkninger

¹⁰⁰ avsnitt 16 under lagmannsrettens bemerkninger

kompetanse arbeidstakerne må ha¹⁰¹. Selv om arbeidstakeren hadde lang ansiennitet, slik at momentet isolert sett har stor vekt, måtte hensynet til bedriftens behov for kvalifikasjoner veie tyngre.

Vurderingen mellom kvalifikasjoner og ansiennitet kan også illustreres med LB-2010-138923. Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelsen til en journalist i forbindelse med nedbemanning i en avis. Det var spørsmål om det var saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for en kompetansevurdering. *“Lagmannsretten mener at det for DNNM forelå saklig grunn til ikke ensidig legge vekt på ansiennitet ved utvelgelsen av dem som skulle anses som overtallige.”*¹⁰² Bedriften var en kunnskapsbedrift som opererte i et krevende marked hvor det var viktig å holde på kompetansen. Bedriften ønsket en sammensetning etter nedbemanningen som dekket det behovet bedriften hadde. Slike hensyn var det ifølge lagmannsretten saklig å legge vekt på for å kunne beholde journalister med kvalifikasjoner, nøkkelpersonell, som var viktig for bedriften uavhengig av ansiennitet. I denne bedriften var imidlertid samtlige journalister godt kvalifiserte, det måtte derfor stilles særlige krav til en betryggende behandling dersom ansiennitetsprinsippet skulle fravikes for andre enn nøkkelpersonell. Utvelgelsen var som en følge av dette, ikke saklig begrunnet. Avgjørelsen kan illustrere at i tilfeller hvor arbeidstakerne stiller likt, vil ansiennitet tillegges større vekt og det skal dermed mer til for å fravike ansiennitet. Selv om det var grunnlag for å fravike ansiennitet som avgjørende kriterium for utvelgelsen, kunne man ikke foreta en ren kompetansevurdering. Vurdering måtte skje på et samlet grunnlag, slik det også ble uttalt i RG-1990-1098. Det kan altså legges relativt stor vekt på kvalifikasjoner selv om ansiennitet må tas i betraktning. Særlig gjelder dette i tilfeller hvor ansiennitetsmomentet har liten egenvekt.

¹⁰¹ Man kan se sammenhengen mellom terskel for å si opp arbeidstaker grunnet egne forhold, for eksempel manglende kompetanse eller evne til å utføre arbeidet. Denne terskel må antas å ligge langt høyere enn i forhold til utvelgelsen av arbeidstakere ved nedbemanning. Dette ligger imidlertid utenfor oppgavens problemstilling.

¹⁰² avsnitt 8 under lagmannsrettens bemerkninger

Bedriften står ovenfor en situasjon hvor de må kutte antall arbeidstakere. I et økt konkurransemarked kan den være avhengig av å ta vare på de arbeidstakerne som best ivaretar bedriftens interesser. Fordi det er avtalt at ansiennitet skal legges til grunn i utvelgelsen vil virksomheten måtte påvise saklige grunner for å fravike ansiennitet. Vekten av ansiennitetsmomentet vil avhenge av hvilken situasjon virksomheten er i, hvilke andre kvalifikasjoner som finnes i virksomheten og om dette kan benyttes som grunnlag for å skille arbeidstakerne.

6.3.4 Nøkkelpersonell

Begrepet nøkkelpersonell er benyttet i Rt-1986-879 som jeg har referert til mange ganger i oppgaven. Det er anført i teorien at dommen har rettskildeverdi både innenfor og utenfor tariff fordi retten drøfter ansiennitetsprinsippet i forhold til ordlyden i Hovedavtalen¹⁰³. Nøkkelpersoner er en betegnelse på arbeidstakere som er helt nødvendige for den videre driften. Det syntes vanlig at virksomheten i enkelte tilfeller fastsetter hvilke personer som blir skjermet forut for utvelgelsen. Dette gjør at det overhodet ikke vektlegges ansiennitet, og er således et brudd på Hovedavtalen § 9-12. Også i tilfeller hvor arbeidstakere blir ansett for å være nøkkelpersoner gjennom utvelgelsen vil ansiennitet antageligvis få liten vekt. Det er etter rettspraksis klart at det kan gjøres fravik fra ansiennitet for nøkkelpersoner jf. Rt-1986-879, RG 1985-128 og LB-2010-138923. Ved utvelgelsen av nøkkelpersonell vil ansiennitet altså ha liten vekt.

6.3.5 Ansiennitetsprinsippet og sosiale forhold

Sosiale forhold kan tas i betraktning som et kriterium for å fravike ansiennitet jf. blant annet Rt-1986-879. Sosiale forhold kan påvirke utvelgelsen både til arbeidstakers fordel og ulempe.

Jakhelln skriver om sosiale forhold at;

¹⁰³ se blant annet ”Omstillinger og nedbemanning” (2003) side 260

”fysiske og psykiske handicap eller høy alder kan gjøre det berettiget å fravike ansienniteten hvis handicapet medfører driftsmessige ulemper for bedriften eller den ansatte på grunn av sin alder er blitt mindre skikket for arbeidet i bedriften. At arbeidskraften blir mindre fleksibel vil derimot normalt ikke i seg selv være tilstrekkelig grunn så lenge den ansatte kan utføre arbeidet tilfredstillende.”¹⁰⁴

Rettspraksis har avgjort spørsmål hvor vekten av sosiale forhold blir vurdert mot ansiennitet. I RG-1990-1098 uttalte lagmannsrettens flertall;

”Sosiale grunner kan falle inn under unntaksvilkårene etter Hovedavtalens § 9-9 likeledes som den individuelle saklighetsvurdering etter arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2.”

Dette åpner på generelt grunnlag opp for at sosiale forhold kan tillegges betydning i forhold til de øvrige utvelgelseskriteriene. Det må likevel antas at vekten av momentet, hvilke forhold det er snakk om og hvilken ulempe det vil påføre arbeidstakeren må veies opp mot egenvekten av ansiennitet. Med dette mener jeg at jo større vekt ansiennitet i seg selv har, jo sterkere sosiale hensyn skal til for å fravike ansienniteten der hvor partene er bundet av Hovedavtalen. Både ansiennitet og sosiale forhold kan være arbeidstakervennlige hensyn. De er imidlertid ikke likeverdige i forhold til Hovedavtalen. I RG-1990-1098 var spørsmålet om sosiale hensyn kunne begrunne fravik fra ansiennitet. Arbeidstakeren var en av de med lavest ansiennitet. Han hadde knapt to års ansiennitet, noe som tillegger momentet lite egenvekt. De øvrige det sto mellom i denne avdelingen hadde tre års ansiennitet, altså hadde ingen spesiell lang ansiennitet. Fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen måtte likevel begrunnes. Bedriften mente å ha en særskilt sosial forpliktelse ovenfor en arbeidstaker som hadde forsørgeransvar for en bror. Dette var ikke tilstrekkelig saklig grunn for å fravike ansienniteten til de øvrige arbeidstakerne.

I LA-1999-806 hadde bedriften lagt til grunn ansiennitet i oppsigelsen. Arbeidstaker hevdet forgjeves at avgjørelsen ikke tok tilstrekkelig hensyn til hans spesielle forhold. Han var 54 år og ville dermed ha vanskeligheter med å finne seg nytt arbeid. Dersom han ble uten fast

¹⁰⁴ Jakhelln (2000) side 748

arbeid ville han miste sine pensjonsrettigheter. Arbeidstaker hadde vært ansatt i bedriften siden 1994, fast fra 1998. Oppsigelsen ble meddelt i begynnelsen av 1999. Retten la til grunn at virksomheten hadde tatt hensyn til alder ved oppsigelsene og bedriften var også klar over arbeidstakerens forhold. Avdelingen var nedlagt slik at arbeidstakeren eventuelt måtte omplasseres. Det var dokumentert at en innsparing for bedriften, stor eller liten var helt nødvendig. De spesielle forholdene til arbeidstaker ga ikke grunnlag for saklig fravikelse av ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 9-12. Sosiale forhold kan helt klart tillegges vekt, men avgjørelsen kan illustrere at det skal noe mer til hvor virksomheten er bundet av Hovedavtalen.

I forhold til sykefravær som er vesentlig større enn normalt mener Jakhelln at dette kan gi grunnlag for å fravike ansiennitetsprinsippet til arbeidstakers disfavør *”selv om noe fravær må godtas, jo lengre tjenestetiden er. Den ansattes særlige behov for støtte vil det som regel være de sosiale trygders oppgave å imøtekomme.”*¹⁰⁵ Argumentet kan ha tyngde også i dag selv om det nok skal noe til av sykefravær før det kan begrunne avvik fra ansiennitet. Jeg mener at det også er grunnlag for å si at jo mer egenvekt ansiennitetsmomentet har, jo større krav stilles det for begrunnelsen for avvik. Det skal også foretas en rimelighetsvurdering slik at hensynet til arbeidstaker blir ivaretatt. Har virksomheten begrunnet fravikelsen tilstrekkelig i virksomhetens behov, kan arbeidstakers ulemper vektas mindre blant annet på grunn av sykelønnsordningen i folketrygden.

Etter aml. § 15-8 kan arbeidstaker ikke sies opp på grunn av sykefraværet de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte. Bestemmelsen får også anvendelse på oppsigelse grunnet virksomhetens forhold. Jeg antar derfor at begrunnelsen for å fravike ansiennitet av denne grunn ikke utelukkende kan bygge på et slikt sykefravær som nevnt i aml. § 15-8. Arbeidsmiljøloven er som nevnt ufravikelig og det vil stride mot loven dersom arbeidstaker på grunn av ansiennitetsbestemmelsen i Hovedavtalen blir dårligere stilt enn etter lovens krav.

¹⁰⁵ Jakhelln (2000) side 748

Rettspraksis har lagt til grunn at sykefravær kan begrunne avvik fra ansiennitet til ugunst for arbeidstaker. I LE-1993-1998 hadde arbeidstaker lengst ansiennitet av de det sto mellom. Han skulle derfor blitt beholdt dersom ansiennitetsrekkefølgen var fulgt. Arbeidstakeren hadde et uvanlig høyt sykefravær som ikke kunne tilbakeføres til forhold ved virksomheten. Lagmannsretten uttaler:

”Det anses på det rene at sykefravær generelt utgjør en relevant omstendighet ved utvelgelsen av hvem en økonomisk svak arbeidsgiver kan si opp.”¹⁰⁶

I saken måtte hans høye sykefravær alt i alt telle tungt i hans disfavør sett i forhold til virksomhetens økonomiske situasjon. Det var imidlertid også andre forhold på arbeidstakers side som berettiget at ansienniteten ble fraveket. I RG-1990-1098 ble begrunnelsen for fravikelse av arbeidstaker med 8 års ansiennitet på grunn av høyt sykefravær ikke ansett saklig¹⁰⁷. Fraværet skyldes først og fremst yrkesskade og det var dessuten et tilbakelagt stadium. Det var et tungt fysisk og psykososialt arbeidsmiljø og det var skortet noe på bedriftens innsats for det generelle arbeidsmiljøet. Virksomheten hadde heller ikke kjent til årsaken til sykefraværet når det ble vektlagt ved utvelgelsen.

Som en oppsummering kan det sies at sosiale forhold kan gi grunnlag for å fravike ansiennitet både til gunst og ugunst for den arbeidstaker det gjelder. Etter det som er sagt over kreves det imidlertid at forholdet er tilstrekkelig tungtveiende i forhold til virksomhetens behov dersom det skal gi grunnlag for å fravike ansiennitet til arbeidstakers gunst i forhold til bedriften. Fordi vurderingen av sosiale forhold til en viss grad innebærer skjønn må det dokumenteres tilstrekkelig at alle relevante momenter ved forholdet er tatt i betraktning.

¹⁰⁶ avsnitt 3 under lagmannsrettens resultat.

¹⁰⁷ Det var spørsmål om oppsigelsens saklighet for flere arbeidstakere i denne dommen.

6.3.6 Ansiennitetsprinsippet og aldersdemografi

Det kan tenkes tilfeller hvor virksomheten ønsker å beholde en viss alderssammensetning. Eksempler på slik virksomhet kan være innenfor markedsføring hvor man har behov for å nå ut til ulike aldersgrupper. Variasjon i alder kan påvirke kundekretsen og dette kan igjen påvirke virksomhetens muligheter for inntjening. Aldersdemografi kan gå på bekostning av ansienniteten¹⁰⁸. Det vil da være en problemstilling om bruk av aldersdemografi er saklig grunn til å fravike ansiennitet i virksomheter hvor det må tas i betraktning. For kvalifikasjoner har rettspraksis godkjent at ansiennitet fravikes for at virksomheten skal kunne få en sammensetning som dekker virksomhetens behov, se over om LB-2010-138923. Bruk av aldersdemografi kan ha likhetstrekk med vurderingen om saklig avgrensning i krets som nevnt i oppgavens punkt 4.5. Ved bruk av aldersdemografi vil kretsen avgrenses til ulike aldersgrupper i stedet for ulike avdelinger av virksomheten.

Hovedregelen er at hele virksomheten skal tas i betraktning. Avgrensning av krets er i visse tilfeller ansett saklig av domstolene jf. blant annet Rt-1992-776, men det må begrunnes ut fra bedriftens organisering og behov. NHO har lagt til grunn at avgjørende er hva som er hensiktsmessig og fornuftig (saklig) og ikke minst hvilke prinsipper man tidligere har lagt til grunn ved permitteringer og oppsigelser. Dersom partene lokalt kan bli enige om hvorledes ansienniteten i denne forbindelse skal håndteres, vil det selvsagt være av stor betydning¹⁰⁹. Dette kan være momenter i vurderingen av om avgrensningen av krets er saklig. Sett i lys av det som er godtatt av domstolene i punkt 6.2.1 vil det være lettere å avvike ansienniteten generelt dersom det er begrunnet i økonomiske forhold. Bruk av aldersdemografi vil på samme måte som avgrensning av krets være til fordel for noen arbeidstaker og ulempe for andre. De motstridende hensyn må derfor veies mot hverandre i en konkret vurdering for å avgjøre hva som er saklig. Jeg har imidlertid ikke funnet rettspraksis som kan belyse problemstillingen, noe som kan illustrere at problemstillingen ikke er veldig aktuell.

¹⁰⁸ Det skal også legges til at det i aml. § 13-2 første ledd bokstav d jf § 13-1 er et forbud mot diskriminering på bakgrunn av alder ved opphør av arbeidsforhold. Dette skal ikke drøftes nærmere.

¹⁰⁹ NHOs kommentarer til kapittel 9 note 22

6.3.7 Krav til likebehandling i utvelgelsen

De momenter virksomheten vurderer må være forsvarlige og saklige jf. aml. § 15-7. I vektingen mellom de ulike arbeidstakere skal det ikke utøves usaklig forskjellsbehandling. Dersom virksomheten velger å ta i betraktning et moment, har alle arbeidstakerne krav på å få det samme vurdert.

Som illustrasjon kan det vises til LH-2002-652. Bedriften skulle si opp ni ansatte. En 43 år gammel arbeidstaker hadde ansiennitet på 13 år og hadde med det niende best ansiennitet av 52 ansatte. Egenvekten av momentet var dermed stor. Ansienniteten ble fraveket på grunnlag av arbeidstakerens høye fravær og mangel på fag. Det var ubestridt at ansiennitet kunne få mindre betydning i forhold til kvalifikasjoner. Det var imidlertid uklart og ubegrunnet hvorfor denne arbeidstakerens kvalifikasjoner var svakere enn andres. Bedriften kunne ikke dokumentere hvorfor denne arbeidstakerens prestasjoner skilte seg fra arbeidstakere med kortere ansiennitet. I forhold til det høye fraværet var det fremlagt dokumentasjon på at mye av dette skyldes sykefravær, dels begrunnet i en yrkesskade. Noe var også ulegitimert fravær. En annen arbeidstaker var blitt beholdt på tross av at han hadde høyere sykefravær. Det var for lagmannsretten uklart om andres fravær i det hele tatt var vurdert. Oppsigelsen var på dette grunnlag ikke saklig eller forsvarlig begrunnet. I de tilfeller virksomheten er forpliktet til å ta ansiennitet i betraktning må bedriften kunne dokumentere at alle andre momenter som påvirker vekten av ansiennitetsmomentet er vurdert.

6.4 Avtaler eller tariffavtaler som kan gi større vekt til ansiennitetsmomentet

Enkelte tariffparter kan ha avtalt at ansiennitet skal ha mer vekt enn det som er beskrevet ovenfor. Avtalene kan imidlertid ikke stride mot arbeidsmiljøloven. Som nevnt over vil det sjelden stride mot arbeidsmiljøloven så lenge det legges opp til en saklig og forsvarlig vurdering. Et eksempel på at bedriften var tariffbundet av en skjerpet vekting av ansiennitet er omtalt i Rt-1996-1401. Av bedriftens Hovedavtale fremgikk at ved oppsigelse på grunn

av driftsinnskrenkninger skulle de sist ansatte sies opp først, såfremt de ikke var helt nødvendige for firmaets drift. Bedriften sa opp en sekretær som hadde betydelig lengre ansiennitet enn øvrige sekretærer. Det var ikke holdepunkter for at den sist ansatte var helt nødvendig for den videre drift. Høyesterett kom til at oppsigelsen var usaklig som følge av det skjerpede ansiennitetsprinsippet. Dommen illustrerer at det skal vesentlig mer til av forhold på bedriftens side dersom det er avtalt en annen løsning enn aml. § 15-7 (2) og hovedavtalen § 9-12 gir anvisning på.

Mellom virksomheten og tillitsvalgte kan det også inngås avtaler om hvilke momenter som skal vektlegges i utvelgelsen. Enighet mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte kan ha betydning for saklighetsvurderingen ved oppsigelse. I Rt-2001-71 var det ved oppsigelsen lagt til grunn protokoll mellom tillitsvalgte og virksomheten (rederi) om ansiennitetsberegning. Høyesterett uttalte at det må føres kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av avtaler mellom tillitsvalgte og virksomheten. Det var imidlertid ifølge Høyesterett åpenbart at domstolene måtte vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som var blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsapparat. Det er dermed grunn til å tro at dersom det inngås slike avtaler, hvor ansiennitet tillegges mer vekt enn etter Hovedavtalen eller aml. § 15-7, vil domstolene kunne legge dette til grunn i vurderingen om oppsigelsen er saklig.

7 Ansiennitet som faktor i utvelgelsen ved permittering innenfor tariff

7.1 Hensyn bak ulik vekting i utvelgelsen

For utvelgelsen til permittering er utgangspunktet Hovedavtalen § 8-1 nr. 3. Bestemmelsen har samme ordlyd som § 9-12: *”Ved permittering kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.”* Permittering har likhetstrekk med oppsigelse. Arbeidstakers arbeidsplikt og arbeidsgivers lønnsplikt opphøre også ved permittering. Forskjellen er at det ved permittering er midlertidig.

Kommentarene til LO og NHO er stor sett de samme for permittering som for oppsigelse, se om dette under oppsigelse i tariff, slik at ansiennitet må tas i betraktning¹¹⁰.

Domstolene vil antagelig stille mindre krav til dokumentasjon og saksbehandling ved permittering enn ved oppsigelse selv om de materielle reglene er like. Ordlyden i Hovedavtalen § 9-12 og § 8-1 nr. 3 er identiske, men ulike hensyn kan tilsi ulik vektlegging av ansiennitet. Det er et vilkår for permittering at forholdet som gjør permittering nødvendig er midlertidig, slik at arbeidstaker kan gjenoppta arbeidet når forholdene opphører. Permittering av denne grunn ansett som mindre inngripende enn oppsigelse. Arbeidsforholdet består selv om arbeidstaker for en periode er uten arbeid. De hensyn som ligger bak reglene om stillingsvern ikke gjøre seg på samme måte gjeldene for permittering.

7.1.1 Ansiennitet ved permittering

Ut fra det som er sagt om permittering skal dette kapittelet videre drøfte om det er forskjeller knyttet til bruk av ansiennitet i forhold til det som er sagt om oppsigelse. Virksomheten må altså ta ansiennitet i betraktning, men vektingen av momentene kan føre til ulike resultater. Rettspraksis som kan underbygge dette synspunkt er blant annet ARD-1997-201 som omhandlet permittering. Arbeidsretten uttaler innledningsvis at:

¹¹⁰ Det henvises til samme kommentarer som i punkt 6.1

”Saklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse. Permittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid. Saklighetskravet i hovedavtalens § 8-1 nr. 3 må forstås i samsvar med dette.”¹¹¹

NHO viser i sine kommentarer til denne dommen og uttaler at ansiennitet må antas å ha mindre betydning ved permitteringer enn ved oppsigelser idet omdisponeringer og opplæring vil være mindre aktuelt ved en midlertidig situasjon som permittering.¹¹² Problemstillingen i det følgende er om dette kan legges til grunn som en generell uttalelse ved permittering.

7.1.2 Betydningen av relativ ansiennitetsforskjell

Det er lagt til grunn at ansiennitet må få betydning i utvelgelsen. Imidlertid kan mindre forskjeller i ansiennitet gjøre at det stilles mindre krav til begrunnelsen for fravik av ansiennitet ved oppsigelser. Det kan antas at det samme gjelder for permitteringer.

I ARD 2009-17 var partene enige om grunnlaget for permittering og kriteriene som skulle legges til grunn ved utvelgelsen. Det var imidlertid spørsmål om hvordan kriteriene skulle vektas mot hverandre. Om vekten av ansiennitet ved permitteringer uttalte Arbeidsretten:

”Det må imidlertid som utgangspunkt stilles strengere krav til begrunnelsen for avvik fra ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor enn når den er forholdsvis liten. Det må gjelde uansett lengden på ansienniteten.”¹¹³

Forskjellen i ansiennitet var på mellom fire og fem år. Bedriften var i en vanskelig økonomisk situasjon. Enkelte med kortere ansiennitet var beholdt og det fremgikk av

¹¹¹ avsnitt 2 under Arbeidsrettens vurderinger

¹¹² kommentarer fra NHOs egne nettsider

¹¹³ spalte 37

forklaringene at disse hadde fagutdannelse eller dyktighet innenfor fagfelt som gjorde at de var spesielt viktige å beholde for å kunne imøtekomme kravene til innsparing og produktivitetøkning. Permitteringene ble av Arbeidsretten kjent saklige.

I ARD-1997-201 var spørsmålet som forelå retten om det var saklig grunn til permittering ovenfor en arbeidstaker som hadde vesentlig lengre ansiennitet enn to andre, henholdsvis 11 og 13 år. Arbeidstakeren som ble permittert arbeidet deltid. Fra arbeidstakers side var det anført at stor ansiennitetsforskjeller måtte tillegges vesentlig større vekt enn små i vurderingen av om ansiennitet kunne fravikes. I den konkrete vurderingen var den permittertes kompetanse og mulighet for å jobbe fulltid vurdert opp mot de to andre arbeidstakernes forhold. Ansiennitet kunne fravikes til tross for den store ansiennitetsforskjellen. Det var ikke rasjonelt å pålegge bedriften å permittere en annen på deltid slik at denne arbeidstakeren skulle fylle hans stilling. Den permitterte arbeidstakeren trengte i så tilfelle også opplæring og veiledning i denne stillingen. 13 års ansiennitetsforskjell kunne altså fravikes når bedriften hadde grunnlagt dette tilstrekkelig.

I ARD-2009-5 var det tvist om utvelgelsen mellom to arbeidstakere. Den permitterte arbeidstaker hadde ansiennitet på 3 år og 5 måneder, men den som ble beholdt hadde ansiennitet på 1 år og 3 måneder. Den relative forskjellen mellom disse var altså 2 år og 2 måneder. Bedriften hadde lagt avgjørende vekt på sosiale kriterier da den arbeidstaker som ble beholdt var enslig forsørger og hadde en anstrengt økonomi. Arbeidsretten uttalte at selv om ingen av de ansatte hadde særlig lang ansiennitet var det klart at den relative forskjellen mellom de to var markant. Det kunne stilles spørsmålstegn om bedriften i det hele tatt hadde vurdert ansiennitetsforskjellene, noe som burde ha vært gjort. Arbeidsretten bemerket at det var utvilsomt at sosiale hensyn kunne utgjøre saklig grunn for å fravike ansiennitetsrekkefølgen og det er dermed adgang til å ta hensyn til om noen blir hardere rammet enn andre. ”*Vekten av dette momentet beror på hvilke andre saklige hensyn som foreligger, og av hvilken grad de sosiale hensynene må antas å medføre at arbeidstakeren*

blir satt i en vanskeligere situasjon ved å bli permittert enn de øvrige aktuelle ansatte.”¹¹⁴

Siden fravik fra ansiennitet forutsatte en nærmere vurdering og avveining, var det et krav om at utvelgelsen var forankret i et forsvarlig faktisk grunnlag basert på saklige hensyn.

7.2 Vekten av ansiennitet sett i forhold til andre momenter

Permitteringer har som regel et formål om å kutte utgifter, og særlig lønnskostnader. Det kan være viktigere å beholde den arbeidskraft som trengs for å oppnå dette formål ved permitteringer enn ved oppsigelser selv det også da kan være et moment som får betydning i utvelgelsen.

Arbeidsrettens dom i ARD-1990-169 gjaldt permittering. Spørsmålet i saken var om det var saklig grunn til å fravike ansiennitet på grunnlag av kostnader tilknyttet den enkelte arbeidstaker. Saken har et noe spesielt faktum fordi arbeidstakerne hadde inngått en særavtale som skulle sikre likebehandling for arbeidstakere som hadde reiseutgifter ved at virksomheten dekket disse. Bedriften hadde som en del i en anbudskonkurranse forsøkt å holde reisekostnadene i forbindelse med anbudet nede for å nå en pris som kunne sikre en kontrakt det var stor konkurranse om. De arbeidstakere det var knyttet minst kostnader til ble dermed beholdt for oppdraget. Hadde bedriften ikke fått kontrakten ville konsekvensen antageligvis blitt at bedriften måtte nedlegge hele denne beskjeftigelsen av virksomheten. Det var små ansiennitetsforskjeller slik at virksomheten ikke fant det nødvendig å skille mellom disse. Det var tvist om kostnadshensyn per arbeidstaker var saklig grunn til å fravike ansiennitet. Arbeidsrettens flertall uttalte at:

”Retten nøyer seg med å bemerke at ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller er faktorer som må tas i betraktning. Det kan heller ikke uten videre sees bort fra bedriftens økonomiske situasjon og behov. I forbindelse med dette kan retten ikke se at det er grunnlag for prinsipielt å utelukke at det ved permitteringer - som forutsetningsvis har begrenset varighet i tid - i helt særlige tilfeller legges vekt på kostnadshensyn når det, som her, er tale om kostnader ut over ordinære lønnskostnader, knyttet

¹¹⁴ side 36

direkte til gjennomføringen og gjennomførbarheten av det arbeid permitteringene relaterer seg til.”¹¹⁵

Dersom virksomheten har spesielle økonomiske behov, kan ansiennitet fravikes. Jo større behov bedriften har, jo mindre vekt vil ansiennitet ha. Eksempelet kan antagelig ikke overføres til oppsigelsestilfellet på grunn av interesseavveiningen i aml. § 15-7 annet ledd og stillingsvernet generelt. I kommentarer til bestemmelsen uttaler LO at dommen ikke har generell betydning fordi den gjelder en nokså spesiell situasjon og man kan ikke tolke dommen dit hen at Arbeidsretten generelt aksepterer slike avvik fra ansiennitet. I protokoll av 21.6.1996 er LO og NHO enige om at det ikke er saklig grunn til å fravike ansiennitet ved ordinære sesongmessige permitteringer på det grunnlag at det er knyttet større reiseutgifter til arbeidstakere med lengst ansiennitet¹¹⁶. På bakgrunn av de hensyn som er anført innledningsvis kan man likevel legge til grunn at det skal mindre til for å fravike ansienniteten ved permitteringer noe dommen kan belyse.

I ARD-1997-201 uttalte Arbeidsretten at *”Ved vurderingen av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, så vel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning.”*¹¹⁷ Dette er kriterier som også kan begrunne fravik fra ansiennitetsprinsippet ved oppsigelse.

Ansiennitetsprinsippet må tas i betraktning ved permittering. Grunnlaget for permitteringen kan imidlertid tilsi at ansiennitetsprinsippet kan fravikes. Dette må vurderes konkret ut fra formålet med permitteringen. Kriterier som tradisjonelt ikke har vært saklig å ta i betraktning ved oppsigelse kan være saklig ved permittering. Hensynet til at permittering er midlertidig og varer over en kort periode kan begrunne at det skal mindre til for å fravike ansiennitet ved permitteringer i forhold til ved oppsigelse.

¹¹⁵ side 178

¹¹⁶ Fra kommentarer til kapittel 8 på LOs egne nettsider

¹¹⁷ avsnitt 2 under Arbeidsrettens vurderinger

7.2.1 Vurderingen av sosiale forhold

Ved permitteringer er det ikke et lovfestet krav til at arbeidstakers ulemper ved permitteringen skal veies opp mot virksomhetens behov for permittering slik aml. § 15-7 annet ledd oppstiller. Dette kan påvirke innholdet i hva som er saklig grunn til å fravike ansiennitet. Det er imidlertid lagt til grunn av Arbeidsretten at sosiale forhold kan få betydning i utvelgelsen jf. ARD-1997- 201, ARD 2009-5 og ARD-2009-17.

Sosiale forhold som ved oppsigelse tillegges vekt, for eksempel alder, behøver ikke være like relevant ved permittering fordi arbeidstaker ikke blir rammet på samme måte.

Økonomiske forhold kan derimot tillegges vekt. Under permittering mottar man kun deler av tidligere lønn.

I ARD 2009-5 uttalte Arbeidsretten at det er adgang til å ta hensyn til at noen vil bli hardere rammet av permitteringen enn andre:

”Vekten av dette momentet beror på hvilke andre saklige hensyn som foreligger, og av i hvilken grad de aktuelle sosiale hensynene må antas å medføre at arbeidstakeren vil bli satt i en vanskeligere situasjon ved å bli permittert enn øvrige aktuelle ansatte.”¹¹⁸

Det utelukkes ikke at arbeidstakers økonomi og forsørgerbyrde kan tillegges vekt. Det er krav til forsvarlig saksbehandling også ved permittering. Dette innebærer blant annet at alle relevante momenter som kan gi grunnlag for reell sammenlikning mellom arbeidstakerne ut fra de samme momentene, tas i betraktning. I denne saken var det ikke ført tilstrekkelig bevis for at en forsvarlig saksbehandling hadde funnet sted og permitteringen var derfor tariffstridig. I ARD-2009-17 uttaler Arbeidsretten på samme måte at ”*Begrepet sosiale hensyn er ikke entydig og kan omfatte svært forskjellige forhold og gi ulike konsekvenser. Det må imidlertid oppstilles et krav om at arbeidsgiver opptrer konsistent ved at de samme hensyn iakttas i forhold til alle som vurderes permittert.*”¹¹⁹ Særlig tilrettelagt arbeid av

¹¹⁸ spalte 36

¹¹⁹ spalte 39

helsemessige eller andre årsaker kunne i utgangspunktet ikke gi grunnlag for fravikelse av ansiennitet.

Sammenholdt med det som er sagt i innledningen av dette avsnitt må det ved permitteringer sterke grunner til for at arbeidstaker av sosiale hensyn skal kunne beholdes i forhold til arbeidstaker med lengre ansiennitet. Siden permitteringer er kortsiktig vil kun de forhold som under permitteringen kan gi ulemper tillegges vekt, for eksempel arbeidstakers økonomi og forsørgerbyrde.

7.3 Opplæringsplikt

Permitteringer er et midlertidig tiltak som følge av at virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon eller har midlertidig ordredgang. Det kan derfor tenkes at det lempes noe på opplæringsplikten. Ved oppsigelse som er permanent kan bedriften pålegges en viss opplæringstid i forhold til annet passende arbeid eller omplassering av arbeidstakere for å tilstrebe at ansiennitet får betydning. Ved permitteringer, som i seg selv er kortvarige, har virksomheten ofte ikke like god tid til å lære opp arbeidstakere i nye arbeidsoppgaver. Det kan, som vi har sett, være saklig å beholde de arbeidstakerne som kan opprettholde den videre drift i den midlertidige situasjonen. I ARD-1997-201 ble fravik fra en ansiennitetsforskjell på hele 11 år og 13 år godtatt blant annet fordi virksomheten ikke hadde tid til å lære opp arbeidstakeren. I forhold til de øvrige dommer som er drøftet over må dette sies å være en markant ansiennitetsforskjell. Den permitterte i saken arbeidet kun deltid, noe som kompliserer saksforholdet noe. Hans muligheter for å utføre arbeidet både i forhold til hvilket tidsperspektiv man tenkte seg permitteringen skulle vare (8 uker) og hvilke ulemper dette ville føre til for virksomhetens produksjon ble tillagt vekt i forhold til om fravik fra ansiennitetsprinsippet var saklig. *”I denne situasjonen måtte det for bedriften fortone seg slik at en ordning med (...) på halv tid, sett i forhold til en ordning med (...) på heltid, ville ha medført såvidt betydelige ulemper for den produksjonen som måtte utføres, at det ga saklig grunn for ansiennitetsfravik.”*¹²⁰

¹²⁰ avsnitt 4 under arbeidsrettens resultat

Ved permitteringer er det hensiktsmessig å veie tidsbruk for opplæring opp mot formålet med permitteringen. Synspunktet kan ha støtte i ARD-1990-201. I forhold til den alminnelige opplæringsplikten er også tid og økonomi momenter som tas i betraktingen for hvor langt opplæringsplikten strekker seg. Det kreves med dette ikke at arbeidsgiver i like stor grad gjennom opplæring tilstreber å følge ansiennitet som ved oppsigelse.

8 Ansiennitet som faktor i utvelgelsen ved permittering utenfor tariff

Dette kapittelet skal se nærmere på hvordan domstolene vektlegger ansiennitet utenfor tariffregulerte områder. Det vil først gis en kort redegjørelse for hvilke regler som kan få betydning for utvelgelsen. Deretter følger en redegjørelse for domstolenes vurdering av utvelgelsen. Til slutt vil det bli foretatt en vurdering av hvilke hensyn som taler for og i mot bruk av Hovedavtalens formulering for parter som ikke er bundet av denne.

8.1 Hjemmel for utvelgelse ved permittering utenfor tariff

En analogisk bruk av oppsigelsesreglene i aml. § 15-7 til permitteringstilfellene vil utvide lovens ordlyd betraktelig til et område lovgiver bevisst unnlatt å regulere.

Arbeidsmiljølovens saklighetskrav kan ikke direkte etter sin ordlyd benyttes ved permittering. Hjemmel for utvelgelsen utenfor tariff må derfor hentes i andre kilder. Dette kan til en viss grad være Hovedavtalen.

I dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2010-32815, som omhandler permittering uttaler retten at:

”Utenfor virkeområdet til Hovedavtalen mellom LO og NHO kan det ikke oppstilles krav om at dens bestemmelser om permittering skal følges i detalj. Det sentrale må etter lagmannsrettens syn være om permitteringen er saklig begrunnet i bedriftens forhold, at den benyttes som et midlertidig tiltak, at utvelgelsen er basert på saklige og etterprøvbare kriterier, og at saksbehandlingen for øvrig også ivaretar den ansattes interesser på en forsvarlig måte.”¹²¹

Hjemmel for utvelgelsen kan også hentes i arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten skal alltid utøves saklig og forsvarlig.

8.2 Ansiennitet ved utvelgelsen utenfor tariff

I forhold til utvelgelsen i permittering utenfor tariff er spørsmålet om ansiennitetsmomentet gjelder på samme måte som mellom de parter som er bundet av Hovedavtalen. Ved

¹²¹ avsnitt 15 under lagmannsrettens bemerkninger

oppsigelse utenfor tariff følger ingen plikt til å vektlegge ansiennitetsmomentet. Her har imidlertid arbeidstaker et vern mot usaklig oppsigelse og rettspraksis har for disse tilfellene nærmere fastsatt innholdet i bestemmelsen, blant annet at særlig lang ansiennitet skal få betydning. Ved permittering utenfor tariff har rettspraksis, som vi har sett, lagt til grunn at Hovedavtalens bestemmelser for permittering også gjelder selv om virksomheten ikke er bundet av denne. Et forhold som gjør seg gjeldende mot å tillegge ansiennitet samme betydning utenfor tariff som innenfor er at Hovedavtalen er en avtale mellom de parter som har valgt å inngå den. Det kan stride mot avtalerettslige prinsipper dersom den også pålegger andre enn partene selv å begrense styringsrommet ved å pålegge at bestemte kriterier må vurderes. Imidlertid kan også sedvane til tider innskrenke arbeidsgivers styringsrett.

I RG-2001-1098 la retten til grunn at Hovedavtalen § 8-1 nr.3 også gjaldt ved permittering utenfor tariff. Arbeidstakeren hadde i denne saken svært lang ansiennitet, slik at det uansett ville blitt tillagt betydning. Den relative forskjellen mellom den permitterte og den beholdte arbeidstaker var også stor. Den som hadde blitt permittert var 55 år og hadde 31 års ansiennitet, mens den som ble beholdt hadde 17 år. Lagmannsretten anså dette som betydelig. Bedriften hadde ikke sammenlignet kvalifikasjonene til de to aktuelle. De hensyn som bedriften hadde vist til, hadde begrenset vekt og gav ikke saklig grunn til å fravike ansienniteten ved permittering. Fravikelse av ansiennitet var blant annet begrunnet i at arbeidstakers tilstedeværelse ikke kunne erstattes med noen andre. Lagmannsretten mente at de øvrige på arbeidsplassen kunne utføre det arbeid som ble ledig og dersom det ble aktuelt kunne den permitterte bli innsatt i arbeid igjen. Dette var poenget med permitteringen. Lagmannsretten kom derfor til at det ikke var saklig grunn til å fravike ansiennitet ved permittering utenfor tariff. Momentene i avgjørelsen skiller seg imidlertid ikke fra det som ville blitt vektlagt ved en oppsigelse utenfor tariff.

Også i RG-2010-797 tok lagmannsrett utgangspunkt i Hovedavtalens § 8-2 nr. 3 og mente at denne gir uttrykk for ulovfestet rett¹²². Lagmannsretten sluttet seg til byfogdembetets vurdering av utvelgelsen. Det var saklig å legge betydelig vekt på den umiddelbare effekten av utvelgelsen. Dette var i tråd med permitteringsens formål, å oppnå kortsiktige resultater. Langsiktige perspektiver knyttet til mulighet for intern omskolering og opplæring, som kanskje var aktuelt ved oppsigelser kommer i bakgrunnen. Byfogdembetet uttalte; ”*Retten legger til grunn at dersom ansiennitetsprinsippet var blitt tillagt avgjørende vekt, ville ikke selskapet fått den ønskede og nødvendige effekten av permitteringen.*”¹²³ Lagmannsretten mener likevel det må tas rimelige individuelle hensyn. I dette tilfellet hadde bedriften de nødvendig opplysninger om den permittertes subjektive situasjon og disse var også vurdert opp mot de øvrige aktuelle ansatte. De andre ansatte hadde kortere ansiennitet enn arbeidstakeren som ble permittert, men disse hadde noe større produktivitet. Enkelte hadde også spesielle sosiale hensyn. Den permitterte hadde vært ansatt i bedriften i 10 år da permitteringen ble igangsatt. Etter en samlet vurdering ble det ansett som saklig å fravike ansiennitet¹²⁴. Også disse momentene ville fått betydning ved oppsigelse, med unntak av de spesielle betraktningen om at en permittering er et midlertidig virkemiddel i en vanskelig situasjon.

Det kan dermed synes som om retten tar utgangspunkt i Hovedavtalen § 8-2 nr. 3 ved vurderingen av utvelgelsen. Det er imidlertid vanskelig å vurdere hvilken betydning ansiennitet ville fått dersom det for eksempel var kortere ansiennitet og mindre forskjeller mellom arbeidstakerne. Så lenge Høyesterett ikke har avgjort spørsmålet direkte må man enn så lenge legge til grunn Lagmannsrettenes avgjørelser om at Hovedavtalen § 8-2 nr. 3 er utgangspunktet for utvelgelsen også for permittering utenfor tariff.

¹²² avsnitt 13 under lagmannsrettens bemerkninger

¹²³ TOBYF-2010-27006 (Oslo byfogdembete)

¹²⁴ Fra TOBYF-2010-27006 byfogdembetets bemerkning for utfylling av faktum i saken.

8.3 Hensyn for og i mot bruk av Hovedavtale § 8-2 nr.3 ved permittering utenfor tariff

Det er lite rettskildemateriale i forhold til permitteringer når partene ikke er bundet av tariffavtale. Sakene avgjøres også ut fra et konkret faktum. Det er derfor vanskelig å vurdere hva domstolene mener er riktig bruk av innholdet i Hovedavtalen. I henhold til de dommene som er gjengitt over kan mye som nevnt tyde som at det i rettspraksis tas utgangspunkt i formuleringen i Hovedavtalens § 8-2 nr. 3.

Det er ikke noe som tilsier at arbeidsmiljøloven kan benyttes i forhold til permittering. Selv om oppsigelse og permittering har likhetstrekk er det en viktig faktor at permittering ikke gjelder opphør av et kontraktsforhold, kun midlertidig innstilling på særskilt grunnlag. Heller ingen dommer tar utgangspunkt i oppsigelsesreglene for å vurdere om permitteringen er saklig. Et grunnlag kan imidlertid være det generelle saklighetskravet for utøvelsen av styringsretten.

Det kan antas at dersom man tar utgangspunkt i Hovedavtalen vil virksomheten stå noe friere i forhold til begrunnelsen de har for å fravike ansiennitetsprinsippet. Dette må i så fall være på grunnlag av at de formelt ikke er bundet av Hovedavtalen.

Permitteringsinstituttet kan være en fordel både for arbeidstaker og arbeidsgiver fordi det bidrar til å sikre en forsvarlig drift. For at bedriften skal kunne drive forsvarlig er det nødvendig å beholde de arbeidstakerne som kan bidra til å løfte virksomheten opp til et tilfredstillende nivå. Dette kan forkorte perioden for gjennomføring av permitteringen og det vil igjen være til fordel for de som blir permittert. For å ha et konsekvent regelverk vil det være lite hensiktsmessig dersom virksomheten fritt kan velge de bestemmelser de ønsker av Hovedavtalens regler for permittering. Dette kan skape en usikker situasjon for arbeidstakerne. Dersom man ved permittering utenfor tariff tar utgangspunkt i Hovedavtalens bestemmelser, og gjør de nødvendige tilpasninger i forhold til saksbehandling slik det er nevnt over, kan dette føre til at arbeidstakeren føler seg tryggere på at permitteringen skjer på saklig grunnlag.

9 Oppsummering

Drøftelsen har sett nærmere på ansiennitet som faktor i utvelgelsen ved nedbemanning, rasjonalisering og permittering. Det er klart at ansiennitet har hatt og til en viss grad fortsatt har en fremtredende plass i utvelgelsen. Det kan imidlertid påvises enkelte forskjeller både innenfor og utenfor tariff og mellom oppsigelse og permittering.

Utenfor tariff kan ansiennitet benyttes som et saklig moment i utvelgelsen. Det er imidlertid ikke alltid krav om å vektlegge momentet i utvelgelsen. Andre momenter som kvalifikasjoner kan her få større betydning. Dersom arbeidstaker har særlig lang ansiennitet, må arbeidsgiver ta momentet i betraktning, men andre momenter kan likevel ha tyngre vekt i selve utvelgelsen. Etter dagens rettstilstand skal det mye til før ansiennitet får stor vekt i utvelgelsen utenfor tariffregulerte områder.

Innenfor tariff er det et ubetinget krav til at arbeidsgiver må ta ansiennitet i betraktning. Arbeidsgiver må ha saklig grunn til å fravike dette utgangspunktet. Selv om andre momenter kan få større betydning i utvelgelsen vil det stilles større krav her enn utenfor tariff til begrunnelsen for å fravike ansiennitet. Dette er fordi partene har avtalt at det skal legges til grunn.

Ved permittering kan særlige hensyn gjøre seg gjeldende slik at det skal mindre til for å fravike ansiennitet enn det er ved oppsigelse. Hensynet til at permittering er et midlertidig tiltak, og dermed ikke er ansett som like inngripende ovenfor arbeidstaker, kan her særlig trekkes frem som et forhold som gjør at utvelgelsen stiller seg annerledes enn ved oppsigelse. Vurderingene i rettspraksis bærer preg av dette.

Ved permittering utenfor tariff er det etter min mening usikkert hva som er rettstilstanden. Enkelte lagmannsrettsdommer har lagt til grunn at de samme reglene gjelder her som i tariff. Det at partene ikke har bundet seg til avtale kan imidlertid begrunne at ansiennitet vektlegges ulikt utenfor tariff enn i tariff. Det kan etter min mening argumenteres for at

vektingen av momentene stiller seg ulikt når partene ikke er bundet av Hovedavtalen, men likevel er forpliktet til å følge dens bestemmelser.

10 Litteraturliste

Bøker:

Dege, Jan Tormod *Den individuelle arbeidsrett Del I*, 2007

Dege, Jan Tormod 1997 *Arbeidsgivers styringsrett* Bind II den alminnelige del, 1997

Eckhoff, Torstein **Rettskildelære**, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001

Evju, Stein og Henning Jakhelln m.fl. **Arbeidsrettslige emner**, 3. Opplag ,Universitetet i Oslo institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/ 1988

Fanebust, Arne 2001 *Oppsigelse i Arbeidsforhold*, 4. Utgave., Oslo: Universitetsforlaget 2001

Fougner, Jan 2007 *Endringer i Arbeidsforhold* Oslo: Universitetsforlaget 2007

Fougner, Jan og Lars Holo *Kommentarer til arbeidsmiljøloven* Oslo; Universitetsforlaget 2006

Jan Fougner, Sundet, Øydegard, Frogner, Jenssen, Bårdsen og Jacobsen **Kollektiv arbeidsrett**. Oslo, 2004

Jakhelln, Henning og Helga Aune *Arbeidsrett.no-kommentarer til arbeidsmiljøloven* 2.utgave, 2006

Jakhelln, Henning 2006 *Oversikt over arbeidsretten* 4. Utgave 2007

Jakhelln, Henning *Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold* i Arbeidsrettslige studier Bind II Oslo, 2000

Skarning, Nicolay 2009 **Permitteringer og nedbemanning i praksis** Oslo, 2009

Omstilling og nedbemanning Jan Fougner.. (et.al.) Oslo: Universitetsforlaget 2003

Artikler:

Rørvik, Ruth og Torstein Nesheim” tilpasning til en ny virkelighet – nedbemanning og omorganisering i norske mediebedrifter” av i Norsk medietidsskrift 2010 nr. 4

Skarning, Nicolay (publ.11.8.2009) ” *Ansiennitetsprinsippets betydning ved permitteringer og nedbemanninger*” på jusstorget.no (sist sett 5.april 2011)

Annet:

Landsorganisasjonen i Norge: Hovedavtalen LO-NHO 2010-2013 med tilleggssavtaler og kommentarer (LOs kommentarutgave)

Næringslivets Hovedorganisasjon: Hovedavtalen LO-NHO 2010 – 2013 med tilleggssavtaler og NHOs kommentarer (NHOs kommentarutgave)

Norske lover:

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø

Lov av 6. mai 1988 nr.22 om lønnsplikt under permittering

Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister

Lov av 27. nov. 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven)

Opphevede lover:

Lov av 2. mars 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov av 7. desember 1956 nr. 2 om Arbeidervern

Lov av 19. juni 1936 nr 8 om arbeidervern

Norske forarbeider:

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven

Ot.prp.nr.50 (1993-1994) (endringslov) Lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) (endringslov) Lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr 8 (1956) Om lov om arbeidervern

Norske utredninger:

NOU 2000:21 En strategi for sysselsetting og verdiskaping

NOU 1994: 2 Fra arbeid til pensjon

Internasjonale traktater og avtaler

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet av 2. mai 1992 (EØS avtalen)

Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. Februar 1977 **om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter**

Rådsdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998 **om endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter**

Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 **om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak og virksomheter**

Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 **om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv**

Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 **om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår**

Dommer

Høyesterett:

Rt-202-1638

Rt-2001-71

Rt-2001-418

Rt-1996-1401

Rt-1999-989

Rt-1992-776

Rt-1989-508

Rt-1986-879

Rt-1984-1058

Rt-1972-1330

Rt-1967-91

Rt-1966-393

Rt-1962-6

Lagmannsretter:

LB-2010-138923

LB-2010-32815

RG-2010-797 Borgarting

RG-2005-1074 Agder

RG-2004-721 Eidsivating

LF-2003-21015

LH-2002-652

LH-2002-359

RG- 2001-1098 Hålogaland

LG-2000-207

LH-2000-359

LA-1999-806

RG-1995-6 Eidsivating

RG-1994-1335 Agder

LE-1993-1998

RG-1993-335 Frostating

RG-1990-1098 Frostating

RG-1989-745 Gulating

RG-1985-128 Eidsivating

RG-1978-442 Eidsivating

RG-1964-510 Hålogaland

Eidsivating lagmannsrett av 4. Mai 1953

Tingrett:

TOSLO-2010-59779, TOSLO-2010-60169, TOSLO-2010-60108 og TOSLO-2010-60351

TOBYF-2010-27006 (Oslo byfogdembete) (Kjennelse)

Rg-1992-669 Sunnmøre Herredsrett

I Mfa 1959-501 Oslo

Arbeidsrett:

ARD 2009-17

ARD-2009-5

ARD-1997-201

ARD-1990- 169

Internasjonale dommer:

Sak C-343/98. Renato Collino og Luisella Chiappero mot Telecom Italia SpA, Dom 14. september 2000, (2000) side I-6659

Avtaler:

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) (2010-2013)

Funksjonæravtalen mellom Negotia og HSH (handels og servicenæringens hovedorganisasjon) (2010-2012)

Hovedtariffavtalen for KS-området (2010-2012)

